Das Anwendungsgebiet der Anspruchsabtretung nach § 255 des BGB.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

Vorgelegt von

RUDOLF SPRENG

Referendar
beim Amtsgericht Crailsheim

1928

Druck der Buchdruckerei A. Richter, Crailsheim.

Referent: Staatsrat Professor Dr. v. Rümelin

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis 7
I. Einleitung 11
§ 1 Ursprung der Bestimmung 11
§ 2 Die Probleme. Begrenzung der Untersuchung 13
II. Voraussetzungen des Eingreifens von § 255 bei Sachverlust 14
1. Schadensersatz für den Verlust einer Sache 14
§ 3 Geldersatz und Naturalrestitution 14
§ 4 Gründe der Schadensersatzpflicht 15
§ 5 Fälle des Verlustes einer Sache 18
2. § 6 Voller Ersatz 22
3. § 7 Beschädigung der Sache und teilweise Ersatzleistung . . . 24
III. Das Verhältnis zur Vorteilsausgleichung 26
§ 8 26
IV. Die abzutretenden Ansprüche 32
1. § 9 Stand der Frage 32
2. § 10 Ausscheidung der Schadensersatzansprüche 33
3. Die unter § 255 fallenden Ansprüche 53
§ 11 Die dinglichen Ansprüche 53
§ 12 Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung 54
§ 13 Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag 63
4. § 14 Fallen auch Vertragsansprüche unter § 255? 67
5. § 15 Einheitliche Gesichtspunkte für die unter § 255 fallenden Ansprüche 69
6. § 16 Wird § 255 durch das Bestehen direkter Ansprüche ausgeschlossen 70
V. Der Verlust von Rechten 72
§ 17 72

Literaturverzeichnis.

Bähr, Zur Cessionslehre. In Jhering's Jahrbücher Bd. 1, S. 351 ff.

Brückmann, Der Begriff der verlorenen Sache im Archiv für bürg. Recht, Band 23, S. 322 ff.

Cosack u. Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1927.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902, 2. Band.

Crome, Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen in Jherings Jahrbücher, Bd. 35. S. 100 ff.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl., II. Band 1.

Donnevert, Die unechten Solidarobligationen. Erlanger Dissertation 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 23. bis 27. Aufl., 1927.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, erste Lesung 1888; zweite Lesung 1895; Reichstagsvorlage 1896.

Fischer, H. A., Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß von Dr. Otto Fischer. 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 1921.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, 2. Aufl., 1903.

Horn, Das Recht des Schadensersatzpflichtigen auf Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten bei Verlust und insbesondere bei Beschädigung eines Objekts (§ 255). Rostocker Dissertation von 1906.

Jakobi, Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines andern und seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigentums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte. Jherings Jahrbücher, Bd. 4.

Josef, Ansprüche des Vaters aus Geschäftsführung und Bereicherung bei Ausheilung des verletzten Kindes, Geschäftsführung durch ärztliche Behandlung und Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Frau im Archiv für Civ. Praxis, Bd. 118, S. 378.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902.

Kaufmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1901.

Kisch, Besprechung von Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse in der Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, von Grünhut, Bd. 29, S. 531—541.

Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung.

Kleinmann, Unechte Gesamtschulden. Tübinger Dissertation, 1923 (Maschinenschrift).

Klingmüller, Unechte Gesamtschuldverhältnisse in Iherings Jahrbücher, Bd. 64. S. 31—114.

Kohler, Josef, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band 1906.

Kommentar der Reichsgerichsräte, 5. Aufl., 1923.

Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz von Gerhard, Hagen, von Knebel-Doeberitz, Bröcker; Manes, 1908.
Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis, Heft 26 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 1908.
Lips, § 255 BGB. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Rostocker Dissertation, 1907.
Markuse, Zur Auslegung des § 843 Abs. 4 BGB. in der Jur. Wochenschrift v. 1915, S. 264.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899.
Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903.
Meißner, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Breslau 1898.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich; Bd. II., 1888.
Müller, Die Bedeutung des Causalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, Tübingen 1912.
Örtmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901.
Örtmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Buch, 3. u. 4. Aufl., 1910.
Druck-Örtmann, Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, Arch. Civ. Pr., Bd. 113, S. 51 ff.
Örtmann, Der Einfluß bestehender Unterhaltsansprüche auf die Schadensersatzansprüche aus § 843 BGB.
Plank, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 1. Hälfte. 3. Auflage.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch. 1903, II. Band.
Reichel, Schuldmitübernahme in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß v. Dr. Otto Fischer, 1909.
Rößle, Karl, Die Abtretung der Ansprüche nach § 255 des BGB. Erlanger Dissertation, 1923 (Maschinenschrift).
Rümelin, In der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft; Bd. 45 a. F. S. 189 ff., 1904. (Besprechung von Örtmanns Vorteilsausgleichung.)
Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht, im Archiv für Civ. Praxis, Band 90.
Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB., 1899.
Schmidt, Rudolf, Unechte Solidarität in Jherings Jahrbücher, Bd. 72, S. 1—116.
Schmidt, Rudolf, Bürgerliches Recht, ein kurzgefaßtes Lehrbuch, 1927.
Schmidt, Rudolf, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915.
Schollmeyer, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Schulz, Rückgriff und Weitergriff, Heft 21 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts v. Leonhard.
Siber, Planks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band 1. Hälfte, 4. Auflage, 1914.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 1926.
Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten in der Festgabe für Dernburg. Halle 1900, S. 89 ff.

Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem BGB. In der Festgabe für Fitting, S. 131 ff.
Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation, im Archiv für Civ. Praxis, Bd. 80, S. 305 ff.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II. 7./8. Auflage, 1912 (von Kuhlenbeck).
Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt? 1905.
Taucher, Die Pflicht zur Abtretung der Ersatzansprüche nach § 255 des BGB. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Erlanger Dissertation von 1904.
Walsmann, Der Verzicht (allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre. und Verzicht im Privatrecht). 1912.
Walsmann, Compensatio lucri cum damno. Rostocker Dissertation von 1900.
Weyl, Vorträge über das BGB. für Praktiker, Bd. I, 1898.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II, Band. 9. Aufl., 1906.

Die herangezogenen Entscheidungen der obersten Gerichte sind jeweils unter der Seite genau zitiert.

I.

Einleitung.

§ 1. Ursprung der Bestimmung.

I. § 255 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt:

„Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache, oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen."

Diese Bestimmung hat, wie viele andere des Obligationenrechts, ihre Grundlage im römischen Recht [1]). Als Ergebnis des römischen Rechts stellt Oertmann [2]) fest:

„1. Wer wegen des Verlusts oder der Beschädigung einer fremden Sache zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann, vom Kläger auf Ersatz belangt, eine Abtretung der diesem in bezug auf die Sache zustehenden dinglichen Ansprüche verlangen; nicht minder eine solche der persönlichen, insbesondere der Deliktsansprüche, falls sie gegen einen für den Schaden vorwiegend verantwortlichen Dritten gerichtet sind.

2. Er kann sogar eine vorherige Ausklagung dieses vorwiegend verantwortlichen Dritten dann begehren, wenn der Kläger gegen diesen „magis agere potest".

3. Steht dem Kläger derzeit noch kein Anspruch gegen einen Dritten hinsichtlich der Sache zu, so kann der beklagte Ersatz-

---

[1]) Ich werde in der vorliegenden Arbeit nur kurz die Ergebnisse für das römische Recht anführen, ohne auf die strittigen Punkte einzugehen, wie sie insbesondere über die Auslegung einzelner Digestenstellen bestehen; denn neue Erkenntnisse ließen sich kaum erreichen, und außerdem sind sie für die Auslegung des § 255 von ganz untergeordneter Bedeutung. Eine unmittelbare Übernahme einer Bestimmung des römischen Rechts stellt § 255 nicht dar.

Ausführliche Darstellungen des römischen Rechts in der hier zu behandelnden Frage bei: A. Schmidt: Die Grundlehren der Cession, Teil I. S. 259 ff. Örtmann: Vorteilsausgleichung II. Teil, Kap. 1. Taucher a. a. O. Horn a. a O. I Hauptteil. Lips a. a. O. § 2.

[2]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 273 f. Dort sind auch alle in Betracht kommenden Quellenstellen zitiert.

pflichtige von ihm Kaution fordern für Rückgabe der Sache nach ihrer demnächstigen Wiedererlangung.

4. Auch ohne Kautionsleistung muß der Ersatzberechtigte nach Wiedererlangung der Sache dem Ersatzleistenden entweder ex contractu die Sache heraus- oder nach dem Gesichtspunkt der causa finita die empfangene Ersatzsumme zurückgeben. Aus D 13, 6 l 17 § 5 in Verbindung mit D 12, 7 l 2 ist zu entnehmen, daß die Wahl zwischen beiden Leistungen dem Ersatzberechtigten (und jetzigen Beklagten) zustehe, so daß er sich sowohl auf die erhobene condictio hin durch Herausgabe der Sache, als auf die erhobene actio ex contractu hin durch Rückgabe der empfangenen Ersatzsumme befreien kann.

5. Eine cessio legis der dem Ersatzberechtigten zustehenden Klagen auf den zahlenden Ersatzpflichtigen findet nicht statt. Eine actio quasi Publiciana auf die Sache wird dem auf die vindicatio hin die Litisästimationssumme zahlenden — nicht dolosen — Beklagten gewährt; bei dem mit einer persönlichen Klage in Anspruch genommenen ist sie nicht nachweisbar."

II. Diese Sätze des römischen Rechts wurden auch im gemeinen Recht angewandt. Es wurde der Satz aufgestellt [3]): „Wer jemandem zum Schadensersatze wegen abhanden gekommener oder beschädigter Sachen verpflichtet ist, kann die Abtretung der diese Sache betreffenden Klagen verlangen."

Bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs war eine den angeführten Bestimmungen des römischen Rechts entsprechende Bestimmung aufzunehmen. Der erste Entwurf bestimmte daher in § 223: „Wird infolge der Entziehung oder der Vorenthaltung einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz für den Verlust der Sache oder des Rechts selbst von dem Ersatzpflichtigen geleistet, so gehen auf den letzteren mit der Ersatzleistung die Ansprüche über, welche dem Entschädigten auf Grund des Eigentums oder des sonstigen Rechtes gegen Dritte zustehen."

Die 2. Kommission beschloß von einer cessio legis in diesen Fällen abzugehen, weil: „Die Abtretung die Tatsache, den Zeitpunkt und den Umfang des Übergangs der Ansprüche außer Zweifel setze und insbesondere für das Verhältnis zu Dritten den großen Vorteil biete, daß diese nur zu prüfen brauchen, ob sie erfolgt sei, ohne auf die Frage eingehen zu müssen, ob und inwieweit Schadensersatz geleistet worden sei". Darnach erhielt § 255 seine heutige Form [4]).

---

[3]) Vgl. Vangerow, Pandekten III. § 574, Anm. 4 Nr. 4.

[4]) Über den Gang der Gesetzgebung sowie über die Personen, die an der Gestaltung des § 255 beteiligt waren, handelt ausführlich Horn a. a. O. § 8, § 45 ff.

§ 2. Die Probleme. Begrenzung der Untersuchung.

I. Die Auslegung des § 255 gab bald zu verschiedenen Zweifeln Anlaß. Bei einer Vorschrift, die, wie § 255, Grundsätze des Schadensersatz- und Bereicherungsrechts verbindet, ist dies auch leicht verständlich. Die Auslegung, die Oertmann in seiner Monographie „Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht" (Berlin, 1901) dem § 255 gegeben hat, setzte sich allmählich durch. Sie wurde, abgesehen von der Frage nach der Wirkung der Abtretung der Ersatzansprüche, zur herrschenden. Neuerdings haben nun Siber in Planks Kommentar zu § 255 und Rudolf Schmidt in Iherings Jahrbücher, Band 72, S. 1 ff., ganz neue Ansichten für die Auslegung des § 255 BGB. aufgestellt, die eine vollkommene Umwälzung in der Anwendung dieser Bestimmung bedeuten würden; Siber hauptsächlich mit der Behauptung, daß unter die nach § 255 abzutretenden Ansprüche nur diejenigen auf Herausgabe der Sache fallen, gleichgültig, ob es sich um dingliche oder obligatorische Ansprüche handelt; Schmidt mit der Behauptung, § 255 wolle gar nicht eine Bereicherung des Ersatzberechtigten verhindern, denn eine solche liege nicht vor, auch wenn die Abtretung der Ansprüche nach § 255 nicht vollzogen werde, sondern die Abtretung erfolge, um dem Ersatzpflichtigen die Möglichkeit zu geben, die Sache von dem Dritten zurückzubekommen, um sie dem Ersatzberechtigten wieder zurückzugeben und dadurch eine condictio ob causam finitam in Ansehung des gezahlten Kaufpreises zu begründen.

II. Ich betrachte es als meine Aufgabe, eine Auslegung des § 255 zu finden, die sich konsequent durchführen läßt, und zu brauchbaren Ergebnissen führt. Insbesondere wird zu prüfen sein, wie weit den Ansichten von Siber und Schmidt zu folgen ist. Sie enthalten auf jeden Fall einen richtigen Kern; doch sind ihre Ergebnisse noch keineswegs abschließend. Es ist die Hauptaufgabe dieser Arbeit, hierüber Untersuchungen anzustellen.

Darnach wird sich zunächst fragen, wann die Voraussetzungen des Eingreifens von § 255 vorliegen, und zwar zunächst bei Sachverlust. Weiter: Wie verhält sich § 255 zur allgemeinen Frage der Vorteilsausgleichung? Dann ist das Hauptproblem zu behandeln, nämlich: Welches sind die nach § 255 abzutretenden Ansprüche? Diese Fragen sind dann auch bei Verlust von Rechten zu prüfen.

Damit ist die Disposition der Arbeit gegeben.

Die Frage, wie sich die Rechtsverhältnisse nach Wiedererlangung der Sache durch den Entschädigten oder Entschädigungspflichtigen gestalten, wurde zurückgestellt und soll einer späteren Untersuchung vorbehalten werden.

II.

Voraussetzungen des Eingreifens von § 255 bei Sachverlust.

1. Schadensersatz für den Verlust einer Sache.

§ 3. Geldersatz und Naturalrestitution.

§ 255 setzt die Pflicht zum Schadensersatz für den Verlust einer Sache oder eines Rechts voraus. Die Pflicht zum Schadensersatz für den Verlust eines Rechts wird unten, V, im Zusammenhang behandelt werden. Bevor wir nun im einzelnen darauf eingehen, wann für den Verlust einer Sache Schadensersatz zu leisten ist, müssen wir fragen: Kommt als Schadensersatz nur Geldersatz oder auch Naturalrestitution in Frage? In der Tat wird die Meinung vertreten, bei § 255 könne es sich nur um einen auf Geld gerichteten Ersatzanspruch handeln [5]).

Auf der andern Seite wird behauptet, auch die Schadensersatzleistung durch Naturalrestitution komme bei § 255 in Frage [6]), und zwar dann, wenn es sich — wie es bei den Vertretern dieser Ansicht jeweils heißt —, um den Verlust von Genussachen handelt. Nun ist dies zum mindesten eine nicht sehr klare Ausdrucksweise. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt Genusschulden und Speziesschulden und vertretbare und nicht vertretbare Sachen, nicht aber Genussachen [7]).

Sind die Voraussetzungen des § 255 gegeben, so handelt es sich immer um Speziesschulden; denn abzutreten sind die Ansprüche auf Grund des Eigentums oder eines sonstigen Rechts. Dem Ersatzberechtigten stand also jeweils das Eigentum an der verlorenen Sache zu, und die Herausgabepflicht des Ersatzpflichtigen bezog sich auf diese bestimmte, im Eigentum des Ersatzberechtigten

---

[5]) So Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 281; Schollmeyer, Kommentar zu § 255, Anm. 1 u. 2 a; Crome, System, S. 151, Anm. 72. Staudinger, Kommentar zu § 255, Anm. 2; Kaufmann, Kommentar zu § 255, Anm. 1. Oertmann gibt folgende Begründung: „Soweit der Ersatz durch Naturalrestitution zu leisten ist, also durch Rückverschaffung der verlorenen Sache an den Gläubiger, kann dieser unmöglich gehalten sein, seine Ansprüche auf die zurückzuerlangende Sache wiederum dem Schuldner abzutreten.

[6]) So Fischer: Der Schaden S. 250 u. im Anschluß an ihn Taucher a. a. O., S. 20; Horn a. a. O. S. 65; Lips a. a. O. S. 35.

[7]) Die oben genannten Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuchs gut gemischt mögen „Genussachen" und „Speciessachen" ergeben. Derartige Mischbegriffe sind jedoch wegen der Unklarheit zu der sie führen, entschieden abzulehnen.

stehende Sache, also auf eine individuell genau bestimmte Sache, mag sie im übrigen vertretbar sein oder nicht. Um Genusschulden kann es sich daher nicht handeln.

Ist die verlorene Sache eine nicht vertretbare, so kommt nur Geldersatz in Frage, denn wenn Schadensersatz in Form der Naturalrestitution geleistet wird, dann können im Augenblick der Ersatzleistung dem Ersatzberechtigten Ansprüche gegen Dritte nicht mehr zustehen; die verlorene Sache wird dem Ersatzberechtigten ja zurückgegeben [8]). Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so fragt es sich, ob in der Leistung einer gleichen Sache, eine Herstellung des vor dem Eintritt des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes, bestehenden Zustandes liegt, obgleich die Forderung des Ersatzberechtigten auf eine individuell bestimmte Sache ging; mit andern Worten, ob bei Speziesschulden die Lieferung einer gleichen Sache als Naturalrestitution anzusehen ist. Die herrschende Meinung, auch Oertmann ist mit Recht dafür [9]).

Nimmt man dies an, so ist § 255 auch in den Fällen der Naturalrestitution von Bedeutung. Diese Konsequenz mußte auch Oertmann anerkennen. Was er zur Begründung seiner Ansicht vorbringt, spricht nicht dagegen. Denn auch hier kann der Ersatzberechtigte vollen Schadensersatz in Form einer gleichen Sache erhalten und trotzdem können ihm in Ansehung der verlorenen Sache noch Ansprüche gegen Dritte zustehen. Es kann nichts ausmachen, ob der Ersatzberechtigte den vollen Wert der verlorenen Sache in Form von Geld oder in Form einer gleichen Sache bekommt; der Ersatzpflichtige muß nur den wirklichen Schaden ersetzen; **leistet er eine gleiche Sache, während dem Ersatzberechtigten noch Ansprüche in Ansehung der verlorenen Sache zustehen, so müssen ihm diese Ansprüche genau so abgetreten werden, wie wenn er vollen Schadenersatz in Geld leisten würde.**

Setzen wir bei Fischer Genussache gleich vertretbare Sache, dann ist seiner Meinung beizupflichten.

§ 4. Gründe der Schadensersatzpflicht.

§ 255 setzt eine Pflicht zum Schadensersatz für den Verlust einer Sache voraus (bei Verlust von Rechten s. V). Der Grund der Ersatzpflicht ist gleichgültig.

---

[8]) Soweit ist Oertmann zuzustimmen

[9]) Oertmann: Kommentar zu § 249, Anm. 2 b; dort auch weitere Literatur. Siber: Kommentar zu § 251, 2 b α; Anderer Ansicht: Motive II, S. 296; Plank: Kommentar § 249, Anm. 2 d.

In Betracht kommen:

a) Ansprüche auf Schadensersatz an Stelle von Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache. Die Pflicht zur Herausgabe bzw. zum Schadensersatz kann beruhen:

α) Auf Verträgen: dabei kann die Pflicht zum Schadensersatz eintreten infolge eigenen Verschuldens des Ersatzpflichtigen, infolge Haftung für das Verschulden Dritter oder infolge übernommener Garantie oder gesetzlicher Sonderbestimmung.

β) Auf vertragsähnlichen Tatbeständen, insbesondere auf Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung.

γ) Auf dinglichen Ansprüchen, insbesondere den §§ 985, 989, 990 BGB.

b) Ansprüche auf Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen.

c) Ansprüche auf Schadensersatz, die aus den §§ 228, 230, 231, 904 BGB. entstehen können.

d) Nicht hierher gehören die Fälle der Schadensversicherung, bei denen jemand kraft Vertrags den infolge des Verlusts einer Sache entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Dies bedarf näherer Begründung.

1. Die Meinungen sind geteilt: Die herrschende Meinung nimmt an, die Ansprüche aus einem Versicherungsvertrag seien Ansprüche auf Schadensersatz, § 255 daher zugunsten des Versicherers anwendbar. Dem stehe nicht entgegen, daß die Ersatzpflicht durch Vertrag übernommen sei, denn nur so sei das Verbot der Über- und Doppelversicherung zu erklären; dies gelte allerdings nur für die Schadens-, nicht für die Summenversicherung [10]).

Von anderen wird angenommen, § 255 gelte nicht zugunsten des Versicherers [11]). Last begründet dies folgendermaßen: der Anspruch gegen den Versicherer sei gar kein Schadensersatzanspruch; es sei nur der ökonomische Zweck, den Schaden des Versicherten auszugleichen; der juristische Zweck sei, Entgelt für die Leistung des Versicherten zu sein, deren statisches Äquivalent; ebenso wie der Zweck des Kaufobjekts sei, Äquivalent-Gegenwert des Kaufpreises zu sein; damit sei die Anwendung des § 255 auf Versicherungsverhältnisse ausgeschlossen. Fischer führt zur Begrün-

---

[10]) Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 281 f; Kommentar zu § 255, Anm. 7; Plank, Anm. 1.; Schulz S. 7; Scherer, Kommentar zu § 255, Anm. 4; Crome § 151; 5 a β; Staudinger, Anm. 2; Siber, Anm. 1; Warneyer Kommentar zu § 255 Note 2; Goldmann Lilienthal §, 75, Note 15; Lips, S. 35 ff; Horn § 10; RGE. 53, S. 327; Jur. Wochenschrift 1902, S. 245; Recht 1902, S. 433; 1903, S. 338; Oberlandesgericht Colmar: Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 824.
Für analoge Anwendung: Enneccerus, § 237, Anm. 23.

[11]) Last, S. 50 ff; Fischer, S. 251/252; Taucher, S. 20/21.

dung an: § 255 gelte wie § 249 nur für die gesetzlichen Fälle des Schadensersatzes, bei Verträgen sei er subsidiärer Natur [12]).

2. Sicher ist, daß die gesetzlichen Schadensersatzansprüche und die vertraglichen sich erheblich unterscheiden. Jene verdanken sowohl Entstehung als auch Umfang der schadenstiftenden Handlung, diese nur den Umfang, und zwar nur im Zweifel. Wir haben daher zu fragen: Gelten die §§ 249 ff., insbesondere § 255, nur für die gesetzlichen Schadensersatzansprüche oder gelten sie auch für die Schadensersatzansprüche aus Versicherungsverträgen [13]).

3. Die Bedeutung, die dem § 255 bei den Versicherungsverhältnissen zukäme, wenn man ihn zur Anwendung bringen wollte, wäre sehr gering. Unten, IV., wird sich zeigen, daß unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 Schadensersatzansprüche nicht zu beziehen sind. Wenn auch bei den Versicherungsverhältnissen das Bedürfnis besteht, dem ersatzleistenden Versicherer alle Ansprüche des Versicherten gegen Dritte, auch Schadensersatzansprüche, zu gewähren, so kann man § 255 nicht verschieden auslegen, je nachdem es sich um Versicherungsverhältnisse handelt oder nicht. Dann aber ist § 255 nur noch bei den Versicherungsverhältnissen von Bedeutung, wo nach Verlust der Sache bei einem herausgabepflichtigen Dritten noch etwas von der verlorenen Sache vorhanden ist; in der Hauptsache also bei der Diebstahlsversicherung. In allen andern Fällen, in denen die versicherte Sache zerstört oder beschädigt ist, käme § 255 nicht zum Zuge, was eine verschiedene Behandlung gleichgelagerter Fälle zur Folge haben könnte.

4. Es besteht auch gar kein Bedürfnis, den § 255, womöglich mit der Auslegung, daß auch Schadensersatzansprüche abzutreten sind, auf Versicherungsverhältnisse anzuwenden; denn einmal bestimmt § 67 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 30. Mai 1908 den gesetzlichen Übergang aller Schadensersatzansprüche auf den zahlenden Versicherer. Dasselbe bestimmt § 804 HGB. für das Gebiet der Seeversicherung. Soweit dann diese Bestimmungen nicht gelten, enthalten die Versicherungsverträge in den weitaus meisten Fällen eine diesbezügliche Vereinbarung. Wenn auch ausdrücklich nichts gesagt ist, so wird sich durch Vertragsauslegung immer eine Pflicht zur Abtretung auf Grund des Vertrags ermitteln lassen, sofern eine solche überhaupt der Interessenlage entspricht. Man erreicht also einen Übergang der dem Versicherten zustehenden

[12]) Ähnlich Taucher a. a. O.
[13]) Dies ist der richtige Kern bei den Ausführungen Lasts.

Ersatzansprüche auch ohne die Anwendung des § 255 in allen Fällen, in denen ein solcher erforderlich ist[14]).

Außerdem ginge der Parteiwille immer vor, auch wenn er erst durch Vertragsauslegung zu ermitteln wäre. Die Parteien können vereinbaren, daß der Versicherer eine Einrede der Vorausklage habe, daß er Abzüge von der Versicherungssumme in Höhe der Ersatzansprüche machen dürfe, daß der Versicherte die wiedergefundene Sache zurücknehmen muß, daß der Versicherer auf jeden Fall Ersatz leisten muß, ohne Rückforderungsrecht im Falle der Wiedererlangung der Sache durch den Versicherten. So wie die Parteivereinbarungen allein dafür maßgebend sind, ob der Versicherer Naturalrestitution oder Geldersatz zu leisten hat, oder inwieweit immaterieller Schaden zu ersetzen ist, so sind auch die Parteivereinbarungen allein dafür maßgebend, ob der Versicherte Herausgabeansprüche gegen Dritte abzutreten hat.

5. Auch wenn die Parteiabreden bei Versicherungsverträgen dasselbe ergeben, wie die Anwendung des § 255, so folgt die Pflicht zur Abtretung aus jenen, und wenn sie auch erst durch Auslegung ermittelt werden müssen. Aus dem ganzen Inhalt der Versicherungsverträge wird sich immer eine Antwort finden lassen auf die Frage, was mit Ansprüchen, die dem Versicherten gegen Dritte zustehen, zu geschehen habe. Eine Anwendung des § 255 auf Versicherungsverhältnisse ist nicht erforderlich und nur geeignet, den Parteiwillen unbillig einzuschränken. **§ 255 findet daher auf die Fälle vertraglicher Schadensersatzpflicht, insbesondere im Gebiet der Schadensversicherung keine Anwendung.** Nicht nur bei Versicherungsverträgen kann diese Frage auftauchen. Es gibt auch andere Garantieversprechen, bei denen sich jemand zum Ersatz irgendeines Schadens vertraglich verpflichtet. Hier gilt bezüglich der Anwendbarkeit des § 255 genau dasselbe wie bei den Versicherungsverhältnissen.

§ 5. Fälle des Verlustes einer Sache.

Die Fälle, in denen man von Verlust einer Sache sprechen kann, sind folgende:

a) Die Sache ist vernichtet oder so beschädigt, daß dies wirtschaftlich einer Vernichtung gleich kommt. S i b e r[15]) sagt: Sachverlust bedeute im nächstliegenden Falle Besitzverlust. Auf jeden

---

[14]) Vgl. Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz von Gerhard, Hagen, Doeberitz, Bröcker, Manes: § 67, Anm. 3 u. § 49, Anm. 1. Auch dort ist gesagt, § 255 könne man nicht auf Versicherungsverhältnisse unmittelbar anwenden. § 67 beruhe vielmehr auf dem mutmaßlichen Parteiwillen.

[15]) Siber, Anm. 1.

Fall sei es in § 255 in diesem Sinne gebraucht. Das ist nicht richtig. Zwar bedeutet im Sinne des Fundrechts „Verloren" besitzlos, aber nicht herrenlos oder gar untergegangene Sachen[16]). § 965 sagt auch: „... die verlorene Sache ist dem Eigentümer zurückzugeben". § 935 BGB. sagt: „Eine Sache, die dem Eigentümer verloren gegangen ist". § 255 spricht demgegenüber ganz allgemein von Verlust einer Sache; schon der Wortlaut spricht für eine weitere Auslegung. Doch ist dies nicht entscheidend. Dafür spricht insbesondere die Zusammenstellung mit dem Verlust eines Rechts[17]). Denn darunter ist nicht nur die Entwertung des Rechts durch Besitzverlust der Sache, an der das Recht besteht, zu verstehen, sondern auch der Verlust des Rechts als solches. Auf jeden Fall kann Verlust einer Sache in § 255 beide Fälle, den Verlust des Besitzes und den Verlust durch Untergang der Sache, umfassen; es wäre vollkommen willkürlich, aus dem Wortlaut allein eine Entscheidung in einer bestimmten Richtung zu treffen. Dieser spricht eher für die weitere Auslegung, als für die engere.

Allerdings wird sich unten, IV., zeigen, daß § 255 in den Fällen, in denen die Sache untergegangen ist, nicht zur Anwendung kommen kann; denn dem Eigentümer können dann nur noch Schadensersatzansprüche gegen Dritte zustehen, nicht mehr Ansprüche auf Herausgabe der Sache, oder des Wertes, und Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255.

b) Die Sache ist dem Besitz des Berechtigten entzogen, das Eigentum steht ihm noch zu. Dem steht gleich, wenn die Sache dem zur Herausgabe an den Eigentümer Verpflichteten entzogen ist, gleichgültig, ob dieser mittelbarer Besitzer ist oder nicht. Dies ist sogar der Hauptfall. Wie aus den Motiven ersichtlich, schwebte dieser Fall dem Gesetzgeber bei der Normierung des § 255 vor Augen. Schon daraus folgt, daß der unter a) genannte Fall entgegen der herrschenden Meinung nicht unbedingt unter § 255 zu stellen ist[18]). Jedoch kann der Besitz auch dem Berechtigten unmittelbar entzogen werden, so, wenn dies durch das Verschulden eines Besitzdieners ermöglicht wurde.

c) Der Ersatzberechtigte hat das Eigentum und damit meist auch den Besitz an der Sache verloren. Sollte der Ersatzberechtigte, der das Eigentum an der Sache verloren hat, nachträglich den Besitz der Sache wiedererlangt haben, so hat er trotzdem noch das

[16]) Vgl. Wolff: Sachenrecht § 82, Anm. 1. Dies entspricht der durchaus herrschenden Meinung. Anders nur Bruckmann im Archiv für Bürgerl. Recht, Band 23 und Dernburg § 116.

[17]) Ebenso Schmidt, Jher. J.B., S. 20 f.

[18]) Auch Taucher, S. 24 gibt zu, daß die unter b) genannten Fälle, die weitaus wichtigsten sind.

Eigentum, d. h. ein Recht verloren; denn auch der Verlust des Eigentums ist, wenn sonst alles beim Alten bleibt, der Verlust eines Rechts. Dem Ersatzberechtigten steht aber möglicherweise auch noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Dritten zu. Auch hier liegt Verlust einer Sache bzw. eines Rechts vor, und § 255 kann zur Anwendung kommen, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind.

d) Verlust einer Sache liegt auch im Falle des § 283 BGB. vor[19]). Anderer Ansicht ist Taucher[20]). Er behauptet, bei § 283 komme § 255 nicht zur Anwendung, denn der Eigentümer könne eine Frist nach § 283 mit der Wirkung, daß nach Ablauf der Frist sein Anspruch auf Herausgabe erloschen sei, nicht bestimmen, oder wenn dies möglich, so sei die Abtretung nach § 255 gegenstandslos; denn die Abtretung habe auch hier nur dann einen Wert, wenn tatsächlich ein Unvermögen zur Leistung vorliege, nicht aber, wenn der Eigentümer die Sache selbst besitze, oder sie sich leicht verschaffen könne.

Wenn Taucher behauptet, die Bestimmung einer Frist nach § 283 sei nicht möglich, so geht er wohl davon aus, daß § 283 im Schuldrecht steht, und auf dingliche Ansprüche nicht übertragbar ist. Doch sind die Folgerungen, die Taucher hieraus ziehen will, keineswegs zwingend.

Der bisherige Eigentümer bleibt auch nach dem Ablauf der Frist nach § 283 Eigentümer der Sache. Aber seinen Eigentumsanspruch gegen den Schuldner kann er nachher nicht mehr geltend machen. Läßt man Vertrags- und Vindikationsansprüche mit der herrschenden Meinung konkurrieren[21]), so läßt sich diese Konsequenz nicht vermeiden. § 283 bestimmt: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen". Würde man dies nur auf den Vertragsanspruch beziehen, so könnte die Bestimmung durch Geltendmachung des Vindikationsanspruchs vollkommen illusorisch gemacht werden. Das Ergebnis, daß auch der Vindikationsanspruch gegen den nach § 283 ersatzleistenden Schuldner abzuscheiden ist, läßt sich auch wohl rechtfertigen, obgleich die Bestimmung im Recht der Schuldverhältnisse steht. An den Eigentumsverhältnissen wird freilich nichts geändert, die persönlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, die zugleich Eigentümer und Besitzer sind, regelt jedoch § 283, und wenn in derartigen Fällen

[19]) So mit Recht die durchaus herrschende Meinung: Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 285 (allerdings sei der Fall praktisch selten). Plank, Anm. 1; Schollmeyer, Anm. 2 a; Fischer, S. 250.

[20]) Taucher, S. 28—30 und im Anschluß an ihn auch Lips, S. 41 f.

[21]) Anderer Ansicht ist Siber.

die schuldrechtlichen und dinglichen Beziehungen in Gegensatz treten, so gehen nach allgemeinen Grundsätzen die schuldrechtlichen vor (s. § 986 Abs. 1 BGB.) Der Schuldner hat gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers eine dauernde Einrede aus § 283. Damit ist der Vindikationsanspruch gegen den Schuldner wertlos. Der Ersatzberechtigte muß sich eben vor der Fristsetzung überlegen, ob er Herausgabe der Sache oder Schadensersatz vorziehen will.

Verlangt der Gläubiger nach § 283 Schadensersatz, so ist er verpflichtet, dem Schuldner, der zugleich Besitzer der Sache ist, das ihm noch zustehende Eigentum nach § 929 Satz 2 zu übertragen. Dies ist ein Anwendungsfall der auch dem § 255 zugrunde liegenden Rechtsgedanken[22]). Ist der Schuldner nicht Besitzer, so muß Eigentum nach § 931 übertragen werden. Dabei kann der Schuldner noch mittelbarer Besitzer sein, z. B. die Sache, welche in Verwahrung gegeben, verpfändet haben.

Die Behauptung Tauchers, daß § 255 nur in Frage kommen könne, bzw. nur einen Wert habe, wenn ein Unvermögen zur Leistung vorliege, ist nicht richtig. § 283 will dem Gläubiger die Schwierigkeiten sowohl der weiteren Verfolgung seines primären Anspruchs gegen den Schuldner als das Vorgehen gegen Dritte abnehmen[23]). Aus § 283 ergibt sich, daß in beiden Fällen die Übertragung des Eigentums eine dauernde ist, die Zession des Herausgabeanspruchs im Fall des § 931 eine endgültige sein muß[24]).

In § 283 tritt der Verlust der Sache erst mit dem Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Frist ein. Nach diesem Zeitpunkt ist der Besitz der Sache für den Gläubiger verloren, und zwar dadurch, daß er ohne Zwangsvollstreckung den Besitz der Sache nicht wiedererlangen konnte, und diese wollte er nicht versuchen, sondern er zog den Weg des § 283 vor, um zu seinem Recht zu gelangen. Die Strafe für seine Bequemlichkeit liegt darin, daß er auf den Schadensersatzanspruch beschränkt ist. Es liegt kein Grund vor, in diesen Fällen nicht von Verlust einer Sache zu sprechen. Besteht er nur in Besitzverlust, so muß der Gläubiger nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung das Eigentum an der Sache auf den Schuldner übertragen.

Aber nicht nur bei § 283, sondern auch beim Schadensersatz infolge Verzugs (§ 286 Abs. 2, § 326 BGB.) ist eine Anwendung des § 255 denkbar. § 283 ist überhaupt viel richtiger mit dem Verzugsrecht zusammenzustellen, als mit den Rechtssätzen über Unmög-

---

[22]) Vgl. Darüber des Näheren unten § 8.
[23]) Vgl. Oertmann: Verteilsausgleichung, S. 285.
[24]) Vgl. Siber, § 283, Anm. 2 d.

lichkeit[25]). Bei § 283 rechtskräftige Verurteilung und Fristsetzung, also intensive Geltendmachung und trotzdem Nichtleistung während einer längeren Zeit; beim Verzug Mahnung und kein Interesse, also auch intensive Geltendmachung, und mangelndes Interesse infolge der Nichtleistung. Wird nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung infolge Verzugs verlangt bei Schuldverhältnissen, bei denen sich Eigentümer und Besitzer gegenüberstehen, so ist die Interessenlage genau dieselbe wie bei § 283. Ist der Schuldner Besitzer der Sache, so muß der Eigentümer nach § 929 Satz 2 das Eigentum auf diesen übertragen, ist ein Dritter Besitzer, was ohne weiteres möglich ist, nach § 931; im letzteren Fall muß dies nach § 255 erfolgen. Auch hier ist die Abtretung endgültig, also Eigentum übertragend, denn der Anspruch auf Erfüllung ist auch hier ausgeschlossen (§ 326).

Eine verschiedene Behandlung der Fälle des § 283 und derjenigen des Unvermögens würde auch zu sehr unzweckmäßigen Ergebnissen führen. Vielfach wird die Pflicht zum Schadensersatz auf § 283 gegründet, obgleich tatsächlich ein Unvermögen zur Leistung vorliegt; hier müßte ja der Schuldner, der sich auf § 255 berufen will, dieses Unvermögen immer erst besonders dartun. Die Begründung des Schadensersatzanspruches auf § 283 kann unter Umständen für den Gläubiger bequemer sein, auch wenn tatsächlich ein Unvermögen zur Leistung vorliegt.

2. Voller Ersatz.

§ 6.

1. Voraussetzung für die Anwendung des § 255 ist voller Ersatz von seiten des Schuldners, auch wenn dem Gläubiger noch Ansprüche gegen Dritte auf Herausgabe zustehen. Dafür sprechen geschichtliche Entwicklung und Billigkeit so sehr, daß von keiner Seite eine gegenteilige Ansicht vertreten wird[26]). In den Motiven II S. 25 ist gesagt, daß an der bisherigen Entwicklung nichts geändert werden solle und im gemeinen Recht mußte bei Besitzverlust voller Ersatz von dem für den Verlust verantwortlichen Schuldner geleistet werden[27]). Das Gesetz selbst scheint in § 255 davon auszugehen, daß auch bei Besitzverlust voller Ersatz zu leisten ist; einen weiteren Anhaltspunkt gibt es nicht. Trotzdem muß dies unbedingt angenommen werden. Der zum Schadensersatz Ver-

[25]) Anders Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 285. Er spricht von „fingierter Unmöglichkeit."

[26]) Vgl. Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 283/284. Schollmeyer, Anm. 2 c; Kaufmann, Anm. 4. Siber, Anm. 1. Taucher, S. 24 f; Lips, S. 39 f.

[27]) Vgl. Windscheid, Pandekten I, § 193, Anm. 8 u. 2.

pflichtete hat nach § 249 den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist der Besitz der Sache verloren, so ist dieser Zustand nur dann hergestellt, wenn der Ersatzpflichtige zunächst vollen Ersatz leistet. Ist Naturalrestitution möglich, so ist eine Anrechung der dem Ersatzberechtigten verbliebenen Ansprüche ausgeschlossen. Jedoch auch bei Geldersatz ist der frühere Zustand erst hergestellt, wenn der Ersatzpflichtige zunächst vollen Ersatz leistet; denn die Person des wirklichen Besitzers ist meist unbekannt, und selbst wenn sie bekannt ist, ist der Erfolg der Geltendmachung dieser Ansprüche unsicher; außerdem kann diese Geltendmachung dem Ersatzberechtigten gar nicht zugemutet werden. Vielfach werden diese Ansprüche gegen den Dritten gleich Null sein. Außerdem müßte die Anrechnung zum wirklichen Wert schon daran scheitern, daß dieser wirkliche Wert sich in vielen Fällen nicht auch nur annähernd bestimmen läßt. Dieses ganze Risiko der Geltendmachung der Ansprüche gegen Dritte kann nicht dem Ersatzberechtigten aufgebürdet werden. Er muß vollen Ersatz erhalten und ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit ist es dann, daß er die ihm noch zustehenden Ansprüche dem Ersatzleistenden abtritt.

2. Diese Pflicht zu vollem Ersatz bei Verlust einer Sache besteht nur im Interesse des Gläubigers. Er kann noch bestehende Ansprüche gegen Dritte auf Herausgabe der Sache auf den zu leistenden Schadensersatz anrechnen lassen; dies enthebt ihn der Pflicht zur Abtretung dieser Ansprüche. Die Anrechnung dieser Ansprüche muß jedoch zum Nominalwerte erfolgen, „da es gegen die guten Sitten verstöße, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren“ [28]). Der Grund hierfür liegt darin, daß es dem Ersatzberechtigten unbenommen bleibt, weniger vom Ersatzpflichtigen zu verlangen, als er tatsächlich fordern kann [29]). Praktisch wird diese Art der Ersatzleistung kaum eine Rolle spielen; denn der Ersatzberechtigte wird in den weitaus meisten Fällen den vollen Ersatz vorziehen.

---

[28]) So Siber. Anm. 1. Eine andere Berechnung scheitert schon an der Bestimmung des wirklichen Wertes eines derartigen Anspruchs.

[29]) Taucher, S. 26, verweist zur Begründung auf § 249, Satz 2 BGB., der hier analog gelten soll. Dies ist unangebracht und nicht erforderlich. In § 249, Satz 2 wird ausnahmsweise Ersatz des vollen Schadens in Geld gewährt, obgleich Naturalrestitution möglich ist, während im vorliegenden Fall der Ersatzberechtigte weniger verlangt als er tatsächlich fordern kann. Die Kosten der Wiedererlangung der Sache kann der Ersatzberechtigte nicht ohne weiteres verlangen. Möglich wäre dies unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, und dieser trifft dann nicht zu, wenn der Ersatzpflichtige vollen Ersatz gegen Abtretung der Ansprüche vorgezogen hätte.

III. Beschädigung der Sache und teilweise Ersatzleistung.

§ 7.

I. Wie verhält es sich mit der Anwendung des § 255, wenn eine Sache nur beschädigt ist? Die Abgrenzung zwischen Beschädigung und Zerstörung ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu treffen. Eine Sache ist zerstört, wenn nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ihre Individualität vernichtet ist, wenn sie in der menschlichen Wirtschaft eine andere, neue Sache geworden ist, oder aus der Welt der Güter verschwunden ist. Ist eine Sache nur beschädigt, so ist dem Verletzten vielfach mit einem Ersatz des entstandenen Schadens, wobei ihm die beschädigte Sache verbleibt, nicht gedient; billigerweise sollte er Ersatz für die ganze Sache gegen Herausgabe derselben erhalten. Diese Frage fällt jedoch nicht in den Rahmen dieser Untersuchung[30]). Der Gesetzgeber hat die ganz gleiche Interessenlage in den §§ 280 Abs. 2, 325 geregelt. Nur handelt es sich dort um Leistung einer beschädigten Sache. Es wird kaum anfechtbar sein, bei Beschädigung einer Sache dem Verletzten einen Schadensersatzanspruch auf den vollen Wert der Sache zu geben, wenn er an der beschädigten Sache „kein Interesse" mehr hat. Erlangt der Verletzte aber vollen Ersatz, so muß er die beschädigte Sache dem Ersatzleistenden herausgeben; dies ist eine Anwendung der in § 255 enthaltenen Rechtsgedanken, genau wie oben bei Ersatz für den Verlust einer Sache infolge Verzugs des Schuldners, oder infolge Fristsetzung gemäß § 283. Ist ein dritter Besitzer, so vollzieht sich die Herausgabe nach § 931, und § 255 ist analog anzuwenden; es wird Schadensersatz geleistet für die Beschädigung einer Sache, die als Verlust gewertet wird[31]). Die Regelung ist hier endgültig, denn der Ersatzberechtigte hat ja eben an der beschädigten Sache kein Interesse mehr und gerade deshalb bekommt er vollen Ersatz. Eine spätere Rückgabe der beschädigten Sache steht gar nicht in Frage.

Ganz dasselbe gilt, wenn nach § 280 Abs. 2, § 325 voller Schadensersatz infolge der Beschädigung einer Sache zu leisten ist. Herausgabe bzw. Abtretung kommen hier aber nur bei solchen Schuldverhältnissen in Frage, bei denen sich Eigentümer und Besitzer gegenüberstehen; denn nur hier steht dem Ersatzberechtigten noch das Eigentum an der Sache zu, und dieses ist auf den Ersatzleistenden zu übertragen.

---

[30]) Vgl. insbesondere: Oertmann, Vorteilsausgleichung, Anhang § 306 ff.
[31]) Dernburg II, § 34. a. Ende; Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 317. Beispiele bei Horn, S. 73 ff.

Die analoge Anwendung des § 255 spielt hier eine ganz kleine Rolle. Die beschädigte Sache befindet sich meist im Besitz des Ersatzberechtigten oder des Ersatzverpflichteten, wenn nicht, so ist vielfach die ganze Sache verloren; also nur, wenn ein dritter Besitzer der beschädigten Sache ist, ohne daß Verlust der ganzen Sache vorliegt, kann § 255 angewandt werden; denn Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die abzutretenden Ansprüche (s. u. § 10). Sind also zwei Personen für die Beschädigung einer Sache verantwortlich, die sich nach wie vor im Besitz des Ersatzberechtigten oder des Ersatzleistenden befindet, so kann § 255 keine Anwendung finden. Andererseits müßte Oertmann[32]) konsequent den § 255 auf die Fälle ausdehnen, in denen zwei Personen für die Beschädigung verantwortlich sind und die eine Ersatz leistet; diese müßte Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen den andern Schädiger zustehenden Schadensersatzansprüche verlangen können. Oertmann hilft sich mit der Bemerkung, § 255 werde hier infolge der Solidarität der Ansprüche durch die hierfür geltenden Vorschriften ausgeschlossen. Doch wenn z. B. der Entleiher die Beschädigung der entliehenen Sache fahrlässig ermöglicht, so stehen die beiden Ersatzansprüche nach Oertmann nicht in Solidarität; außerdem ist es unbedingt erforderlich, dem ersatzleistenden Entleiher einen Regreß gegen den vorsätzlichen Schädiger zu geben; konsequent müßte hier Oertmann und mit ihm die herrschende Meinung den § 255 analog anwenden. Diese Fälle sind prinzipiell ebenso zahlreich als diejenigen des vollständigen Verlusts der Sache, und wir haben schon daraus ein Argument für die unten, IV., zu entwickelnde Ansicht zu entnehmen, daß Oertmann bei Beschädigung der Sache die Schadensersatzansprüche von den abzutretenden Ansprüchen des § 255 gern ausschließen möchte.

II. Kann die Abtretung der Ersatzansprüche nach § 255 auch bei teilweiser Ersatzleistung verlangt werden? Plank[33]) verlangt vollen Ersatz zur Geltendmachung der Abtretung. Staudinger[34]) gibt ein Recht auf Abtretung eines der Ersatzleistung entsprechenden Teils der Ansprüche. Oertmann[35]) will trennen. War der Ersatzpflichtige nur zu teilweiser Entschädigung verpflichtet, dann soll teilweise Abtretung verlangt werden können, wenn die Ansprüche teilbar sind. Sind die Ansprüche nicht teilbar, so soll § 432 BGB. entsprechend zur Anwendung kommen.

---

[32]) Vgl. Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 283.
[33]) Plank: Anm. 1. Ebenso Schollmeyer, Anm. 4.
[34]) Staudinger, Anm. 6.
[35]) Oertmann: Vorteilsaugleichung, S. 302 f. — Ebenso Taucher § 8. —

War der Ersatzpflichtige zu voller Entschädigung verpflichtet, so sei bei teilweiser ihm ein Recht auf Abtretung nicht zuzubilligen.

M. E. besteht die Pflicht zur Abtretung nur bei voller Ersatzleistung. Die Unterscheidung Oertmanns verliert ihren Wert, wenn man — wie wir es getan haben —, § 255 nicht auf Versicherungsverhältnisse anwendet; abgesehen davon sind Fälle teilweiser Ersatzpflicht kaum denkbar. Fälle folgender Art kommen nicht in Betracht: Ein Kommodatar kann von den zwölf Gläsern, die er entliehen hat, zwei nicht zurückgeben, weil sie durch einen von ihm zu vertretenden Umstand gestohlen sind; oder: von einer Flüssigkeit von 20 Litern sind zwei Liter entwendet worden. Hier ist jedes Glas bzw. jeder Liter für sich zu behandeln und hierfür dann jeweils voller Ersatz zu leisten. Ein Recht des Schuldners zu teilweiser Ersatzleistung besteht nicht, § 266 BGB. Einer freiwilligen teilweisen Abtretung steht nichts im Wege. Nimmt der Ersatzberechtigte eine teilweise Ersatzleistung an, obwohl er dazu nicht verpflichtet ist, so ist nach Treu und Glauben darin die Übernahme der Verpflichtung zur entsprechenden teilweisen Abtretung zu erblicken.

§ 255 will den Ersatz möglichst gleich dem entstandenen Schaden gestalten. Eine zu hohe Ersatzleistung kommt aber nicht in Frage, solange nur teilweise Ersatz geleistet ist. Der Ersatzberechtigte kann ja seine Ansprüche gegen Dritte selbst noch geltend machen wollen, um den noch nicht ersetzten Schaden vollends zu decken.

III.

Das Verhältnis zur Vorteilsausgleichung.

§ 8.

I. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob § 255 ein Fall der sog. compensatio lucri cum damno, von Oertmann Vorteilsausgleichung genannt, sei. Die Frage ist strittig:

a) Oertmann[36]) nimmt an, § 255 sei nicht ein Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung; es ergäben sich Verschiedenheiten grundsätzlicher und praktischer Natur, nämlich:

α) Was nach § 255 abzutreten sei, sei kein lucrum. Das sei klar, wenn die abzutretenden Ansprüche auf Herausgabe der Sache gerichtet seien, denn darin ein neues, selbständiges Rechtsgut zu erblicken, sei eine direkt verfehlte Auffassung. Aber auch Schadensersatzansprüche seien keine lucra. Denn wären sie lucra, so müßte

[36]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, § 38.

auch das auf Grund hiervon Geleistete den Charakter eines lucrum haben; dies sei aber, wie allbekannt, nicht der Fall; denn die Leistung des einen befreie den andern für denselben Schaden Verantwortlichen.

Richtig ist hieran, daß eine Vorteilsausgleichung durch Abtretung von Schadensersatzansprüchen nicht in Frage kommen kann. Diese Ansprüche fallen überhaupt nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 (s. unten, IV). Wie es mit den Ansprüchen auf Herausgabe steht, wird sich im folgenden zeigen.

β) Es sei praktisch gerechtfertigt, in den Fällen des § 255 die Ansprüche auf Herausgabe nicht anzurechnen, denn diese Ansprüche seien in bezug auf den Zustand der Sache, die Erreichbarkeit und Zahlungsfähigkeit des dritten Verpflichteten unsicher; das Risiko der Rückerlangung müsse der Ersatzpflichtige selbst tragen. Dies ist richtig, trifft aber nicht den Kern; denn es wird nirgends geleugnet, daß sich die Vorteilsausgleichung auch in Form der Herausgabe der erlangten Vorteile vollziehen könne.

γ) Die bei der Vorteilsausgleichung erforderliche Identität, des die Verantwortlichkeit begründenden und des den Vorteil herbeiführenden Ereignisses sei nach Wortlaut und Sinn des § 255 kaum immer erforderlich. Dagegen ist zu sagen: Bei § 255 ist diese Identität überhaupt nie vorhanden; denn der Schaden wird durch die schädigende Handlung begründet, der Vorteil aber durch die Schadensersatzleistung. Aber es fragt sich eben, ob diese Identität eine notwendige Voraussetzung der Vorteilsausgleichung ist.

δ) Der Wortlaut des § 255 spreche auch dafür .... Ansprüche nicht auf Grund des Verlustes, sondern auf Grund des Eigentums seien abzutreten. Es ist jedoch verkehrt, daraus einen Schluß zu ziehen zur Beantwortung der Frage, ob § 255 ein Fall der Vorteilsausgleichung sei oder nicht.

Oertmann folgen hier Taucher[37]), Lips[38]) und Horn[39]) in ihren Dissertationen.

b) Auf der andern Seite stehen Schollmeyer[40]), Fischer[41]), Siber[42]). Nach diesen stellt § 255 einen im Gesetz geregelten Anwendungsfall der sog. Vorteilsausgleichung dar.

II. a) Ich möchte die Fälle, die bei der Vorteilsausgleichung in Betracht kommen, in zwei Gruppen einteilen, und hoffe dadurch richtiger beurteilen zu können, welche Gesichtspunkte für die Ent-

---

[37]) Taucher a. a. O. § 2.
[38]) Lips, § 3.
[39]) Horn, S. 57 ff.
[40]) Schollmeyer, § 252, Anm. 6.
[41]) Fischer, S. 247 ff.
[42]) Siber, § 249, Anm. 5.

scheidung der hier gestellten Frage maßgebend sind. Die beiden Gruppen sind folgende:

α) Fälle, in denen durch die Schaden stiftende Handlung oder im Zusammenhang mit ihr dem Verletzten ein Vermögensvorteil entstanden ist, der vor dieser Handlung nicht zum Vermögen des Verletzten gehörte. Z. B. der bekannte Fall: Ein Jockei reitet ein Pferd zu Tote, gewinnt aber dadurch dem Eigentümer den Preis; oder: jemand entzieht durch Tötung des Familienvaters der Frau und den Kindern den Unterhalt, verschafft ihnen aber dadurch die gestzlichen Witwen- und Waisengelder (Siber, § 249, Erl. 5 b, RGE. 15, S. 114 f.; 64, S. 352); oder: ein unschuldig Verurteilter verliert den Arbeitsverdienst, erspart aber den Unterhalt im Wert der Gefängniskost.

β) Fälle, in denen die den Schaden stiftende Handlung einen einheitlichen, nur negativen Erfolg hat; der Vorteil erst mit der Schadensersatzleistung entsteht, die notwendig höher sein muß, als der objektiv wirklich eingetretene Schaden. Hierher gehören die Fälle des § 255; weiter die Fälle, bei denen der Ersatzberechtigte nach Zerstörung einer Sache noch vermögenswerte Reste hat, weiter, wenn für die Beschädigung einer Sache oder bei Verzug oder nach § 283 Schadensersatz für den Verlust der ganzen Sache zu leisten ist [43]).

Die Lehre von der Vorteilsausgleichung hat sich zunächst gebildet im Anschluß an die unter α) genannten Fälle; daher auch der Name Vorteilsanrechnung. Bei diesen Fällen spielt auch die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen schädigender Handlung und Erfolg eine entscheidende Rolle, während sie bei den unter β) angeführten Fällen ohne Belang ist [44]). Nicht jeder Vorteil, den die Schaden stiftende Handlung verursacht, ist zur Ausgleichung zu bringen, sondern nur ganz bestimmte Vorteile. Die Abgrenzung wird danach vorgenommen, ob Kausalzusammenhang

---

[43]) Wann u. warum diese Überersatzleistung erforderlich ist, wurde oben dargelegt.

[44]) Zwar sagt Fischer, S. 248: Auch bei § 255 sei der Kausalzusammenhang von Bedeutung, denn die abzutretenden Ansprüche werden erst durch den Schaden stiftenden Umstand ausgelöst, während sie vorher ruhen. Damit ist aber nichts weiter gesagt, als daß zwischen schädigender Handlung und Erfolg Causalzusammenhang bestehen muß. Dies ist selbstverständlich. Fischer geht auch nicht weiter darauf ein.

vorliegt oder nicht. Doch ist diese Frage hier nicht weiter zu verfolgen. Für § 255 ist sie ohne Bedeutung [45]).

b) Sind nun die oben β) genannten Fälle unter den Begriff der Vorteilsausgleichung zu beziehen?

α) Wir haben bei der Beantwortung davon auszugehen, daß der Begriff der Vorteilsausgleichung nicht eindeutig und unumstößlich feststeht; wir können daraus nicht herleiten, ob bestimmte Fälle unter diesen Begriff fallen oder nicht. Das primäre sind die Tatbestände, das Leben selbst, und wenn wir hier bestimmte Fälle unter einen Oberbegriff bringen, so liegt es bei uns, wie wir diesen Begriff bestimmen und begrenzen wollen. So auch hier; der Begriff der Vorteilsausgleichung hat sich im Anschluß an die Fälle der 1. Gruppe gebildet; wollen wir auch die Fälle der Gruppe 2 darunter beziehen? Mit der Entscheidung im einen oder andern Sinn begrenzen wir den Begriff der Vorteilsausgleichung enger oder weiter. Es ist unmöglich zu sagen, die Vorteilsausgleichung ist das und das, also fallen die unter β) genannten Fälle nicht darunter, sondern weil wir den Begriff der Vorteilsausgleichung derart begrenzen, deshalb fallen die unter β) genannten Fälle auch darunter; das hier gestellte Problem ist daher nicht rein deskriptiv zu lösen, sondern entscheidend ist die Normierung des Begriffs „Vorteilsausgleichung". Dies wird nach systematischen und praktischen Gründen zu geschehen haben.

β) Oertmann sagt S. 12: „Man versteht unter compensatio lucri cum damno die dem Ersatzberechtigten unter gewissen Voraussetzungen zugebilligte Anrechnungsbefugnis des von ihm dem Beschädigten verschafften Gewinns auf den zu ersetzenden Schaden". Daraus folgt, daß der Gewinn bei der Ersatzleistung schon vorhanden sein muß, denn sonst könnte er nicht angerechnet werden. Dann ist es konsequent, wenn Oertmann S. 276 sagt, in § 255

---

[45]) Siber, § 249, Anm. 5, teilt die Fälle der Vorteilsausgleichung folgendermaßen ein:

a) wirtschaftlich heterogene Reste des verletzten Guts (Kadaver), die der Geschädigte behalten hat.

b) Surogate

c) eigentlicher Gewinn.

Siber muß aber die Surrogate auch wieder trennen in solche, deren Erwerb ausschließlich auf den schädigenden Umstand zurückzuführen ist und in solche, bei denen das nicht der Fall ist. Man kann diese Einteilung vornehmen. Für die Frage, ob § 255 ein Fall der Vorteilsausgleichung ist, ist die oben im Text vorgenommene Gruppierung zweckmäßiger. Sie deckt sich wohl im Ergebnis im großen ganzen mit der Einteilung von Siber, § 249, Anm. 5 b, wo er unterscheidet, Fälle bei denen der Causalzusammenhang eine Rolle spielt, und Fälle, bei denen er keine spielt. Die Surrogate finden sich hier auf beiden Seiten.

werde kein lucrum abgetreten, nämlich kein lucrum, wie es Oertmann versteht; denn er definiert lucrum als den durch die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung entstandenen Vorteil; würde der Vorteil erst mit der Schadensersatzleistung entstehen, so wäre die Ausgleichung dieses Vorteils nicht mehr ein Fall der Vorteilsausgleichung. — Seine Begründung wurde oben angeführt. — Dies ist vom Standpunkt Oertmanns aus konsequent, ob auch zweckmäßig, ist eine andere Frage. Auf jeden Fall liegt hier der Angelpunkt des Streites. Was Oertmann weiter zur Begründung seiner Meinung anführt, ist, wie oben dargelegt, nicht überzeugend. Wenn er aber im Zweifel sein kann, ob bei Tötung eines Tieres die Herausgabe des Kadavers gegen vollen Ersatz ein Fall der Vorteilsausgleichung sei, wenn er S. 206 nachstehenden Fall als einen solchen der Vorteilsausgleichung anführt, so ist dies von seinem Standpunkt aus vollkommen inkonsequent. Der Fall ist folgender: Jemand fällt unberechtigterweise in einem fremden Garten Bäume. Der Eigentümer muß sich auf seinen Ersatzanspruch den Wert der Stämme, die in sein Eigentum gelangt sind, in Anrechnung bringen lassen. Warum soll er nicht vollen Ersatz gegen Herausgabe der Bäume verlangen können, wenn er an den abgesägten Bäumen kein Interesse mehr hat? Und wenn inzwischen ein dritter Besitzer geworden ist, so kann auch § 255 angewandt werden. Überhaupt, wie unterscheidet sich dieser Fall von der Tötung eines Tieres? Doch wohl gar nicht. S. 206 sagt Oertmann: „Eine Sache, deren Wert ausgleichspflichtig ist, kann dem Berechtigten auch durch Umschaffen einer bisher schon gehörigen Sache verschafft werden". Dies ist aber nur dann der Fall, wenn wirklich neue Vermögenswerte geschaffen werden, und der Berechtigte zugleich Eigentümer der Sache bleibt, nicht wenn nur eine Sache beschädigt oder zerstört wird, etwas Neues aber dem Vermögen des Verletzten durch die schädigende Handlung nicht hinzugefügt wird. In dem genannten Beispiel hat die schädigende Handlung nur den einen Erfolg der Fällung der Bäume. Der Schaden ist, stehende Bäume minus gefällte Bäume. Ein Vorteil entsteht erst, wenn voller Ersatz geleistet werden muß, etwa weil der Verletzte an den gefällten Bäumen kein Interesse hat.

γ) Derartige Probleme wie hier geben auch sonst zu Schwierigkeiten Anlaß. Ein Begriff bildet sich zunächst für einzelne typische Fälle. Nun gibt es andere Fälle, die zum Teil dieselben Merkmale aufweisen, die aber in manchen Punkten sich wieder unterscheiden; und dann entsteht jeweils die Frage, sind alle diese Fälle unter den gleichen Begriff zu nehmen, oder wo ist der Trennungsstrich zu ziehen? Ich erinnere hier nur an ein Problem, das in der vorliegenden Arbeit auch eine Rolle spielt: der Begriff der Soli-

darität (unechte Solidarität). Es ist an und für sich Sache jedes einzelnen, wie er begrenzen will. Man hat die zweckmäßigste Regelung herauszusuchen.

δ) Die beiden Gruppen, in die ich die Fälle der Vorteilsausgleichung eingeteilt habe, unterscheiden sich erheblich. Der Grund der entstehenden Vorteile ist ganz verschieden. Der Causalzusammenhang spielt nur bei der ersten Gruppe eine Rolle. Soviel ich sehe, ist dies auch die einzige Möglichkeit, die zweite Gruppe scharf von der ersten zu trennen; und wenn man die Fälle der zweiten Gruppe nicht zur Vorteilsausgleichung rechnen will, so muß man das für alle tun. Unter diesen eine besondere Gruppe, etwa die Fälle des § 255 auszuscheiden, ist nicht möglich. Man kann eine Scheidung unter dem angegebenen Gesichtspunkt vornehmen; man muß es aber dann auch unter diesem Gesichtspunkt tun.

ε) Ich glaube jedoch, es ist richtiger, auch die Fälle der Gruppe 2 zur Vorteilsausgleichung zu rechnen. Denn Vorteilsausgleichung ist zu bestimmen als die Pflicht zur Ausgleichung der dem Schadensersatzberechtigten infolge des Schadensersatzfalls entstandenen Vorteile, mögen sie auf der schädigenden Handlung oder auf der Ersatzleistung beruhen. Der Schwerpunkt der ganzen Frage liegt doch in der Ausgleichung der Vorteile. Der Ersatzberechtigte soll nicht mehr erhalten, als der Schaden in Wirklichkeit beträgt; worauf das Mehr beruht, ist dabei gleichgültig. Der Ersatzberechtigte muß sich das Mehr anrechnen lassen, oder er muß es dem Ersatzpflichtigen herausgeben. Dabei ist die Form der Herausgabe unbestrittenermaßen sowohl bei den Fällen der Gruppe 1 — insbesondere bei Naturalrestitution —, als auch bei den Fällen der Gruppe 2 möglich und üblich. Die Form der Ausgleichung ist also in beiden Fällen vielfach dieselbe! Nicht dagegen spricht, daß die Regelung, die § 255 trifft, nicht unbedingt endgültig sein muß. Dies hat seinen Grund darin, daß in den Fällen des § 255 der Wert des dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Anspruchs vollkommen ungewiß ist, und dem Berechtigten nicht zugemutet werden kann, schon bei Empfang des Ersatzes auf die Wiedererlangung der Sache endgültig zu verzichten.

Also: die beiden Gruppen unterscheiden sich nach Wesen, Zweck und Form der Ausgleichung gar nicht; demgegenüber kann die verschiedene Entstehungsursache der Vorteile nicht in Betracht kommen. § 255 ist daher als ein im Gesetz geregelter Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung zu bezeichnen.

IV.

Die abzutretenden Ansprüche.

1. § 9. Stand der Frage.

Nach § 255 tritt die Pflicht zum Schadenersatz für den Verlust einer Sache oder eines Rechts nur gegen Abtretung der Ansprüche ein, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen. Welche Ansprüche hiezu gehören, ist Gegenstand eines lebhaften Streites. Auf der einen Seite steht die durchaus herrschende Meinung [46]). Nach ihr gehören hierher folgende Ansprüche:

1. Die vei vindicato, § 985 BGB.; der Abholungsanspruch nach § 1005; der Anspruch aus früherem Besitz nach § 1007.
2. Ansprüche des Eigentümers auf Schadensersatz nach §§ 989; 990; 992.
3. Ansprüche aus unerlaubten Handlungen.

Nicht hierher gehören Ansprüche aus Verträgen.

Auf der andern Seite stehen Siber [47]), Rudolf Schmidt [48]) und Stammler [49]).

Nach Siber sind nur Ansprüche auf Herausgabe der Sache, nicht auch solche auf Schadensersatz abzutreten. Diese sind aber auch dann abzutreten, wenn sie nicht auf dem Eigentum, sondern auf besonderem Verpflichtungsgrunde beruhen. Vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus sind sie mitsamt dem Eigentumsanspruch, mit dem sie konkurrieren sollen, abzutreten; vom Standpunkt der Minderheit aus (Siber), die diese Konkurrenz in der Regel verneint, sind sie meist die einzigen Ansprüche, die der aus Vertrag rückforderungsberechtigte Eigentümer überhaupt abzutreten hat.

---

[46]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 286—288; derselbe, Kommentar § 255, Anm. 5. Fischer, S. 108; Staudinger, Anm. 3; Kommentar der Reichsgerichtsräte § 255, Anm. 2, Abs. 2. Schollmeyer, § 255, Anm. 3; Scherer, Kommentar § 255, Anm. 3; Soergel § 255, Anm. 2. Plank, Kommentar, 3. Aufl., § 255, Anm. 2. Schulz, S. 104 ff. Fischer-Henle, Kommentar § 255, Anm. 7; Enneccerus, S. 57 f; Cosack, S. 402; Dernburg, S. 80 u. 81; Windscheid-Kipp, S. 63. Crome, S. 80; Müller, S. 129 f; Rümelin: Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 45, S. 223; Klingmüller, Jherings Jahrbücher, Bd. 64, S. 31 ff. Taucher, § 5; Lips, S. 45 ff; Horn, § 12.

[47]) Planks Kommentar, 4. Aufl., Anm. 2.

[48]) Jherings Jahrbücher, Bd. 72, S. 17 ff.

[49]) Einrede aus dem Recht eines Dritten in der Festgabe der Universität Halle für Dernburg, S. 151.

Nach Rudolf Schmidt[50]) gehören hierher dingliche Ansprüche auf Herausgabe, sowie Ansprüche aus § 816 und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag.

Stammler spricht nur von dinglichen Ansprüchen.

2. § 10. Ausscheidung der Schadensersatzansprüche.

Der Streit geht vor allem darum: Fallen Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255? Hierzu ist Stellung zu nehmen.

I. Eine Bestimmung des Gesetzgebers in der einen oder andern Richtung liegt nicht vor. Zwar sagen die Motive[51]): „Die Vorschrift des § 223 gilt für alle Verbindlichkeiten auf Herausgabe oder Restitution, ohne Rücksicht auf den Grund, auf welchem die Verbindlichkeit beruht, für persönliche und dingliche Ansprüche". Wir haben jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß dies auch die Meinung des Gesetzgebers war, und die gesetzgebenden Faktoren einigten sich nicht auf das, was die Mehrheit der Kommissionsjuristen gedacht und gewollt hat. Wir haben uns daher zu überlegen, welche Interessenlage der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 255 regeln wollte und die Bestimmung dementsprechend auszulegen. Wortlaut, Zusammenhang mit dem übrigen Gesetzesinhalt, Zweckmäßigkeit, Billigkeit und Folgerichtigkeit kommen dabei hauptsächlich als Mittel zur Auslegung in Betracht[52]).

II. Dafür, daß die Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen sind, wird folgendes geltend gemacht:

a) Bei den Schadensersatzansprüchen aus §§ 989, 990, 992.

α) Dafür spreche, daß diese Ansprüche durch die Titelüberschrift „Ansprüche aus dem Eigentum" gedeckt seien. Doch zwingt dies nicht zu einer bestimmten Auslegung[53]). Auch Oertmann[54]) nennt dies nur einen äußeren Umstand. Die Schadensersatzansprüche der §§ 989 ff. sind ihrem Wesen nach obligatorische Ansprüche[55]). Sie unterscheiden sich von den Schadensersatzansprüchen aus §§ 823 ff. im wesentlichen nur dadurch, daß sich hier Eigentümer und Besitzer gegenüberstehen, daher die beson-

---

[50]) Wie Schmidt auch Kleinmann a. a. O. III Kap. I a. Der Unterschied zwischen den Meinungen von Schmidt u. Siber ist aber nicht klar herausgestellt.

[51]) Motive, Band II, S. 26.

[52]) Über die Frage der Gesetzesauslegung, auf die hier nicht einzugehen ist, vgl. Enneccerus, Bd. 2, §§ 48—52; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Archiv Civ. Praxis, Bd. 112.

[53]) Siber, Anm. 2.

[54]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 286.

[55]) Wolff, § 85. III. 1.

dere Regelung. Ihre Regelung hätte gerade so gut bei den unerlaubten Handlungen erfolgen können. Wenn sie nun zufällig unter der Titelüberschrift „Ansprüche aus dem Eigentum" stehen, so ist damit noch nicht gesagt, daß es auch Ansprüche auf Grund des Eigentums im Sinne des § 255 sind. Auch § 1007 steht unter demselben Titel, und ist sicher kein Anspruch aus dem Eigentum. Allerdings erfordern die §§ 989 ff. eine Verletzung des Eigentums. Aber nicht alle Ansprüche, für deren Entstehung das Eigentum irgendwie causierend ist, sind nach § 255 abzutreten. Wo die Grenze zu ziehen ist, kann nicht darnach entschieden werden, wo diese Ansprüche mehr oder weniger zufällig im Gesetz geregelt sind, sondern nur nach inneren Gesichtspunkten.

β) Oertmann[56]) bringt weiter vor, diese an sich freilich obligatorischen Bestandteile können vom reinen Eigentumsanspruch praktisch nicht wohl getrennt werden. Wie seltsam wäre das Ergebnis, wenn zwar der Ersatzpflichtige auf Grund der Abtretung nach § 255 gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe der Sache klagen könnte, wenn aber wegen der, etwa nach Prozeßbeginn eingetretenen, vom Beklagten zu vertretenden Beschädigung der Sache, dem ursprünglich Ersatzberechtigten die Klage noch zustände!

Auch dieses Argument Oertmanns ist nicht zwingend. Läßt man, wie die herrschende Meinung[57]), mit der Abtretung der Ansprüche nach § 255 das Eigentum an der Sache gemäß § 931 BGB. auf den Zessionar übergehen, so stehen die Schadensersatzansprüche auf Grund einer Beschädigung oder Zerstörung nach diesem Zeitpunkt dem Zessionar zu. Zum selben Ergebnis müssen auch diejenigen kommen, die die selbständige Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs für unzulässig halten[58]). Hier entsteht also das Problem gar nicht.

Aber auch wenn man mit Oertmann[59]) dem Ersatzberechtigten das Eigentum beläßt, und dem Ersatzpflichtigen nur der Herausgabeanspruch abgetreten wird, ist das von Oertmann Vorgebrachte nicht zwingend.

Allgemein möchte ich bemerken: Nach der Abtretung des Herausgabeanspruchs haben wir einen Eigentümer und einen Inhaber des Herausgabeanspruchs. Ersterer hat keinen Eigentumsanspruch mehr, dieser ist voll und ganz auf den Zessionar übertragen[60]). Letzterer kann auf Grund des übertragenen Rechts selbständig klagen. Es liegt also gleichsam eine Spaltung des Eigentums vor.

---

[56]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 286.
[57]) Die Literatur findet sich bei Taucher a. a. O., S. 48 ff.
[58]) Vgl. Wolff, Sachenrecht, § 84, Anm. 25 und die dort Zitierten.
[59]) Vgl. Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 300 f.
[60]) Vgl. Oertmann: Archiv f. Civ. Praxis, Band 113, S. 51 ff.

Knüpft nun das Gesetz gewisse Folgen an die Verletzung des Eigentums, so entsteht das ganz allgemeine Problem, inwieweit diese Folgen in der Person des Eigentümers oder des Zessionars entstehen. Die Interessen der beiden widersprechen sich hier, und das Problem ist es, einen möglichst günstigen Ausgleich zu suchen. Wir haben hier diese Frage nur insoweit zu behandeln, als es sich um die Ansprüche aus §§ 989, 990 handelt.

Ich will trennen:

aa) Haftung des gut- oder schlechtgläubigen Besitzers nach der Rechtshängigkeit.

Hier entsteht der Anspruch auf Schadensersatz in der Person des Zessionars. Das kann aus § 292 BGB. gefolgert werden. Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, der einem beliebigen Dritten gehören kann, so gelten vom Eintritt der Rechtshängigkeit an die §§ 986 ff. Auf unsern Fall angewandt: Hat der Besitzer einen bestimmten Gegenstand auf Grund des Eigentumsanspruchs herauszugeben, mag ein beliebiger dritter Eigentümer sein, so gelten vom Eintritt der Rechtshängigkeit an die §§ 986 ff.

Hat der Zessionar den ihm abgetretenen Eigentumsanspruch einmal geltend gemacht, so muß ihm auch die Möglichkeit gegeben sein, ihn ganz durchzuführen, auch wenn der Gegenstand des Anspruchs sich ändert und auf Schadensersatz geht. Die Abtretung hat den Zweck, dem Zessionar die selbständige Geltendmachung der Herausgabe einer Sache zu ermöglichen. Dieser Zweck wird auch nicht wegfallen, wenn an Stelle der Sache Schadensersatz getreten ist. Der Zessionar hat auch diesen Anspruch allein.

Demnach steht der Anspruch auf Schadensersatz gegen den gut- oder schlechtgläubigen Besitzer nach der Rechtshängigkeit dem Zessionar zu. Der Einwand Oertmanns, der nur diesen Fall nennt, ist damit widerlegt.

Nicht nur bei Beschädigung oder Untergang der Sache, sondern auch bei Verzug des Besitzers (§ 990 Abs. 2) entsteht das Problem. Und auch hier ist es richtiger, die Rechte aus dem Verzug des Besitzers dem Zessionar zuzubilligen. Er muß auch fernerhin die Herausgabe der Sache betreiben, ihm gebührt zunächst der Ersatz für die verspätete Leistung.

bb) Haftung des schlechtgläubigen Besitzers vor der Rechtshängigkeit, § 990.

Geht die Sache infolge eines Verschuldens des schlechtgläubigen Besitzers vor Rechtshängigkeit, aber nach Abtretung des Herausgabeanspruchs unter, so dürfte es das richtigere sein, hier dem Zedenten den Anspruch auf Schadensersatz zuzubilligen, den Fall

also gerade so zu behandeln, wie wenn die Sache schon vor der Abtretung untergegangen wäre; denn eine dem § 292 BGB. entsprechende Bestimmung haben wir hier nicht.

Der Grund der Haftung ist hier, daß der Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht in gutem Glauben ist und trotzdem schuldhaft auf die Sache einwirkt. Diese Bösgläubigkeit besteht vor der Abtretung so gut wie nachher, während im vorigen Fall die Haftung erst durch eine Handlung des Zessionars herbeigeführt wird. Die aus dieser Bösgläubigkeit entstehenden Folgen gehen den an, demgegenüber der Besitzer nicht in gutem Glauben ist, und das ist der Zedent. Vor der Rechtshängigkeit weiß ja der Besitzer von einer Zession meist noch gar nichts.

Bei der Haftung nach der Rechtshängigkeit haftet der Besitzer, weil er mit der Herausgabe der Sache an den Kläger rechnen muß, daher Haftung dem Zessionar gegenüber. Bei der Haftung nach § 990 haftet der Besitzer, weil er weiß, daß ein anderer Eigentümer, und er nicht zum Besitze berechtigt ist, daher Haftung dem Eigentümer gegenüber, auch wenn dieser den Eigentumsanspruch abgetreten hat.

Auch läßt sich schwer feststellen, ob beim bösgläubigen Besitzer die Sache vor oder nach der Abtretung unterging.

Insoweit trifft also der Einwand Oertmanns allerdings zu, als tatsächlich zwischen Abtretung und gerichtlicher Geltendmachung der Anspruch auf Herausgabe dem Zessionar, der Anspruch aus § 990 jedoch dem Zedenten zusteht. Doch ist dieses Ergebnis nicht seltsam, sondern hat seinen Grund eben darin, daß in der Abtretung des Herausgabeanspruchs gewissermaßen eine Spaltung des Eigentums liegt, die auch eine verschiedenartige Behandlung der an die Verletzung des Eigentums geknüpften Folgen nach sich ziehen muß. Geht die Sache nach der Abtretung aber vor Rechtshängigkeit durch ein Verschulden des Besitzers unter, so ist es gerade so, wie wenn die Abtretung noch nicht erfolgt wäre. Der Zessionar hat den ihm abgetretenen Anspruch noch nicht geltend gemacht, und solange dies nicht der Fall ist, muß er bei Untergang der Sache dem Eigentümer gegenüber zurücktreten.

Bei Untergang der Sache vor Rechtshängigkeit bestimmt sich der Ausgleich zwischen den beiden für den entstandenen Schaden Verantwortlichen nach Regreßrecht (vgl. unten S. 50 ff.). Dabei macht es nichts aus, ob der eine Ersatzpflichtige schon vollen Schadensersatz geleistet hat oder nicht.

Durch zwei Umstände erhalten diese Fälle eine besondere Gestaltung, einmal dadurch, daß der eine Ersatzpflichtige nur für den Besitzverlust, der andere für den Untergang verantwortlich ist, aber der Umfang beider Ersatzpflichten wird meist derselbe sein;

und dann dadurch, daß im Innenverhältnis der für den Untergang Verantwortliche meist auch den entstandenen Schaden endgültig zu tragen haben wird (vgl. unten S. 50 ff.). Da zwei ganz verschiedene, ersatzpflichtig machende Gründe vorliegen, ergeben sich auch für das unten geschilderte Regreßrecht Schwierigkeiten. Die Anwendung des § 255 würde hier wohl meist zum richtigen Ergebnis führen. Trotzdem kann die Frage nur einheitlich beantwortet werden, ob Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 fallen oder nicht.

All diese Schwierigkeiten, auf die man hier stößt, sprechen dafür, daß mit der Abtretung der Ansprüche nach § 255 Eigentum gemäß § 931 auf den Zessionar übergehe. Dann entstehen, wie schon gezeigt, all diese Probleme nicht.

b) Bei den Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung, insbesondere den §§ 823 ff. BGB.

α) Der Wortlaut des § 255 erfordert nach Oertmann keine Beschränkung auf dingliche Ansprüche. Wollte man sich darauf stützen, daß erst die Verletzung des Eigentums den Anspruch aus § 823 erzeuge, so würde das auch für §§ 989 ff. zutreffen, und diese Ansprüche fallen nach Ansicht der herrschenden Meinung sicher unter die abzutretenden Ansprüche des § 255. Das Eigentum sei nur causa remota der Ansprüche. So sei § 255, sofern er nicht ganz inhaltlos sein solle, auszulegen [61]).

Ansprüche auf Grund des Eigentums können sein:

Einmal Ansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache.

Dann alle Ansprüche, die dem Eigentümer deshalb zustehen, weil er Eigentümer der Sache ist oder war, auch wenn noch andere Umstände zur Entstehung der Ansprüche beitrugen.

Eine Beschränkung auf die erste Gruppe ist, wie sich zeigen wird, viel zu eng, auch von Schmidt gar nicht verlangt. Der Wortlaut spricht weder dafür, noch dagegen. Will man aber einen Teil

---

[61]) Vgl. Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 286 f.

Gerade umgekehrt behauptet Siber, Anm. 1; Ansprüche auf Grund des Eigentums seien nur Ansprüche auf Herausgabe, denn wenn das Eigentum verloren gehe, so können dem Ersatzberechtigten „Ansprüche auf Grund des Eigentums" nicht zustehen.

Klingmüller, S. 79, Anm. 2 sagt: Schadensersatzansprüche seien unmittelbar aus dem Eigentumsrecht fließende Ansprüche, falls ein materieller Schaden entstanden sei, nicht bloß „mittelbar", unter Hinzutreten einer Verletzung des Eigentumsrechts entstandene Ansprüche, wie Oertmann wolle. Auch der Anspruch aus § 985 sei doch als unmittelbarer dem Eigentümer wegen Verletzung seines Rechts gegeben. § 823 fordere nur als weitere Voraussetzung die Entstehung eines Schadens.

Daraus ist zum mindesten zu entnehmen, daß der Wortlaut des § 255 allein für dessen Auslegung nicht entscheidend sein kann.

der zweiten Gruppe auch noch unter § 255 beziehen, so kann der Wortlaut des § 255 in keiner Weise mehr maßgebend sein für die hier gestellte Frage. Innere Gründe können allein entscheiden.

β) Es wird ferner eingewendet, die Schadensersatzansprüche aus §§ 823 ff. und §§ 989 ff. müßten gleich behandelt werden. Dies ist richtig, doch fragt es sich eben, ob die Schadensersatzansprüche, gleichgültig ob sie auf den §§ 823 ff. oder 989 ff. beruhen, zu den abzutretenden Ansprüchen des § 255 gehören.

γ) Weiter wird geltend gemacht, daß bei Konkurrenz von Delikts- und Vindikationsansprüchen — und eine solche liegt oft vor — nur die letzteren abgetreten werden müßten. Dieser Einwand erscheint beachtlich, findet aber seine Lösung dadurch, daß mit der Schadensersatzleistung durch den einen unechten Gesamtschuldner die Forderung gegen die andern untergeht, eine Abtretung von Schadensersatzansprüchen also gar nicht mehr in Frage steht [62]).

III. Auf der andern Seite wird die Meinung vertreten, Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255. Dafür wird folgendes ins Feld geführt:

a) Siber [63]) macht geltend, „Verlust einer Sache bedeute nur Verlust des Besitzes, nicht auch Verlust des Eigentums". Außerdem: Gehe das Eigentum verloren, so können dem Ersatzberechtigten „Ansprüche auf Grund des Eigentums" nicht mehr zustehen. Diese beiden Gründe sind, wie schon oben dargelegt wurde, in keiner Weise überzeugend [64]).

b) α) Siber [65]) und ihm folgend Rudolf Schmidt [66]) machen weiter geltend: Bei Eigentumsverlust stehen die mehreren Ersatzansprüche gegen den Vertragsschuldner und den dritten Zerstörer im Verhältnis der unechten Solidarität. Mit der Ersatzleistung sei daher der Anspruch gegen den Dritten entweder erloschen, oder, wo das Gesetz dies mit Rücksicht auf den Rechtsgrund der Ersatzpflicht vorschreibt, auf den Leistenden übergegangen. Dem Eigentümer sei also ein abtretungsfähiger Anspruch gegen den Dritten nicht mehr verblieben [67]). Auch sämtliche Vertreter der herrschenden Meinung geben zu, daß im allgemeinen mehrere in Solidarität stehende Schadensersatzforderungen sämtlich untergehen, wenn einer der mehreren Verpflichteten den Gläubiger befriedigt. Nur in einzelnen Fällen solle dies nicht der Fall sein. Um derartige

---

[62]) Dies zu zeigen ist eine Hauptaufgabe dieser Arbeit, vgl. unten III. b u. c.
[63]) Siber, Anm. 1.
[64]) s. § 5 a, zu vgl. auch § 10 2, b, α
[65]) Siber, Anm. 2.
[66]) Schmidt, S. 18.
[67]) So auch Schulz a. a. O., S. 29 u. 77.

Ausnahmen zu begründen, hat man viel Mühe aufgewendet, und manche Konstruktion versucht [68]).

β) Den Ansichten von Siber und Schmidt ist beizutreten. Sicher ist folgendes: Sind für einen Schaden mehrere verantwortlich und hat einer davon den vollen Schaden ersetzt, so kann der Verletzte von einem andern auf keinen Fall mehr etwas erlangen. Läßt die Rechtsordnung mehrere für denselben Schaden haften, so geschieht dies, um möglichst sicher die Wiedergutmachung des Verlustes zu erreichen. Ist der Schaden aber ersetzt, so kann deshalb, weil für den Schaden zufällig mehrere haften, dem Ersatzberechtigten ein weiterer in seiner Person durchführbarer Anspruch auf Schadensersatz nicht mehr zustehen. Dies ist ein Satz, der vernünftigerweise nicht in Zweifel gezogen werden kann. Würde der Ersatzleistende die Abtretung der Ansprüche nach § 255 nicht verlangen, so wäre es vollkommen ausgeschlossen, dem Verletzten nach Ersatz seines Schadens auch noch das Recht zu geben, Schadensersatzansprüche gegen Dritte mit Erfolg geltend zu machen.

γ) Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob der Ersatzleistende nicht Abtretung dieser Ansprüche gegen Dritte verlangen, und seinerseits nun gegen diese mit Erfolg vorgehen kann. Die logische Begründung, in der Person des Ersatzberechtigten gehe mit der Ersatzleistung der Anspruch gegen den Dritten unter, also könne er nicht mehr abgetreten werden, ist nicht unbedingt zwingend. Bei derartigen, angeblich logischen Schlußfolgerungen ist immer genau zu prüfen, ob nicht nur Scheinlogik vorliegt. Man könnte ohne weiteres sagen: der Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten kann nach Befriedigung des Verletzten durch diesen nicht mehr geltend gemacht werden, wohl aber nach Abtretung durch den Ersatzleistenden. Voraussetzung wäre, daß ein Bedürfnis nach einer derartigen Regelung bestehen würde. Besondere

---

[68]) So sagt z. B. Oertmann, Vorteilsausgleichung, S, 292 f. Nur bei einheitlichem Entstehungsgrunde liege echte Gesamtschuld vor. — Die sehr bestrittene Frage nach dem Unterscheidungsmerkmal zwischen echter u. unechter Gesamtschuld ist hier nicht zu behandeln. Dieses Merkmal wird meist nicht mehr in der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes gesucht. M. E. überzeugend in diesem Punkt. Schmidt: Unechte Gesamtschulden a. a. O., S. 46 ff. Hier befreie die Zahlung eines Gesamtschuldners auch alle übrigen. Aber auch bei unechter Gesamtschuld tilge die Leistung des einen Schuldners wegen der Identität des Zwecks in der Regel die Verpflichtungen aller. Aber nicht immer. Taucher, S. 43 u. Lips, S. 49 schließen sich der Meinung Oertmanns an, um nachher dieselben Ausnahmen zu machen wie er; allerdings mit dem ehrlichen Geständnis, eine stichhaltige Begründung nicht geben zu können. (vgl. unten ε.)

Konstruktionen, wie eine derartige Abtretung zu denken sei, wären dazu gar nicht erforderlich [69]).

δ) Doch hat dies nur dann einen Sinn, wenn sich der Anspruch des Schadensersatz Leistenden gegen einen andern auf Schadensersatz Verpflichteten auch wirklich auf § 255 gründet. Wenn wir fragen: Wann hat der Verletzte einen Herausgabeanspruch in Ansehung der verlorenen Sache an den Ersatzleistenden abzutreten?, so lautet die Antwort: wenn jemand für den Verlust dieser Sache vollen Schadensersatz leistet, gemäß § 255. Wenn wir aber fragen: Wann hat der Verletzte einen Schadensersatzanspruch an den Ersatzleistenden abzutreten?, so muß, wie sich unten c) zeigen wird, die Antwort lauten: wenn der Ersatzleistende einen Regreßanspruch gegen die übrigen Ersatzpflichtigen bekommen soll. Diese Frage kann niemals nach § 255 entschieden werden, d. h. so, daß immer der zufällig zuerst Leistende einen Regreßanspruch gegen die übrigen Schadensersatzpflichtigen hat. Hat man aber auf Grund anderer Erwägungen gefunden, daß dem Ersatzleistenden ein Regreßanspruch gegen die übrigen Ersatzpflichtigen gewährt werden muß, so ist es technisch falsch, diesen Regreß dann auf § 255 zu gründen; dadurch wird der wirkliche Rechtsgrund des Regresses verschleiert, was bei zweifelhaften Fällen leicht zu falschen Entscheidungen führen kann.

Haben wir jedoch erkannt, daß die Frage, wann ein Regreß zwischen mehreren Schadensersatzpflichtigen besteht, nicht nach § 255 beantwortet werden kann, so kann als Grund für die Meinung, daß Schadensersatzansprüche nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 fallen, auch angeführt werden, daß mit der Schadensersatzleistung sämtliche Forderungen auf Schadensersatz erlöschen, also nicht mehr abgetreten werden können. Diese Argumentation ist für sich allein nicht unbedingt zwingend [70]); sie spricht aber sehr stark dagegen, Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen; denn nach der Schadensersatzleistung können diese Ansprüche in der Person des Verletzten keinesfalls mehr geltend gemacht werden. Es entspricht der natürlichen Auffassung, sie damit untergehen zu lassen, sofern sie nicht mit der Ersatzleistung auf den Leistenden übergehen, so daß eine spätere Abtretung nicht mehr möglich ist. Sollte dann zwischen den mehreren Ersatzpflichtigen eine Regreßpflicht entstehen, so müßte sie auf ihren wirklichen Rechtsgrund, nämlich das Verhältnis des beiderseitigen Ver-

[69]) Vgl. unten ε.
[70]) Wie dies Schmidt, S. 18 ff nachzuweisen sucht.

schuldens der mehreren Ersatzpflichtigen oder auf besondere Abmachungen gegründet werden[71]), und nicht auf § 255, der seinem Inhalt und seiner Stellung nach eine Regreßvorschrift niemals sein kann.

ε) Um die Abtretung von Schadensersatzansprüchen gemäß § 255 zu ermöglichen, wurden verschiedene Theorien aufgestellt:

Oertmann[72]) führt aus:

Nicht immer tilge bei unechter Gesamtschuld die Leistung des einen Schuldners auch die Forderung gegen den andern:

Die Leistung des Deliktsschuldners befreie den Vertragsschuldner, denn der Zweck sämtlicher Obligationen sei erreicht. Die gegenteilige Ansicht würde dem Gläubiger die Möglichkeit geben, sich doppelten Ersatz zu verschaffen. Das könne das Gesetz unmöglich gewollt haben.

Die Leistung des Vertragsschuldners erfülle zwar das subjektive Interesse des Gläubigers, aber damit der Anstifter des Schadens, der Delinquent, auch zum endgültigen Träger des zu leistenden Ersatzes werde, habe die Rechtsordnung allen Grund, in Ermanglung eines andern Mittels den Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen den Delinquenten zu verwerten, um das Regreßinteresse des zahlenden Vertragsschuldners zu befriedigen. Indem das BGB. in den Fällen dieser Art dem Beklagten ein Anrecht auf Abtretung der dem Gläubiger gegen den Drittschuldner zustehenden Ansprüche gewähre, schließe es notwendig die befreiende Kraft der Zahlung aus und bekunde deutlich, daß die Ziele, denen die Ansprüche dienen sollen, noch nicht als erledigt erachtet seien.

Hier ist ganz offensichtlich, daß der Wunsch, dem Hauptschuldner endgültig den Schaden aufzubürden, Oertmann zu den vorstehenden Behauptungen veranlaßt hat. Ist dies auf anderem besserem Weg zu erreichen, so ist eine derartige Verschiedenheit in der Behandlung der unechten Solidaritätsfälle nicht mehr erforderlich. Bei Oertmann muß der Anspruch gegen den Dritten einfach bestehen bleiben, damit er abgetreten werden kann; aber wann der Anspruch bestehen bleibt, darauf gibt Oertmann keine Antwort. Er muß dies nach Billigkeit entscheiden, und der Billigkeit entspricht, das beiderseitige Verschulden der Ersatzpflichtigen gegeneinander abzuwägen und danach zu bestimmen, wer endgültig den Schadensersatz zu tragen hat. Diese Verschleierung des wahren Grundes des Regreßrechts führt nur zu Unklarheiten und zwingt zu verschiedener Behandlung ganz gleich gelagerter Fälle

[71]) Vgl. unten c.

[72]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 292—294. Ihm folgt im wesentlichen Klingmüller, S. 77 ff.

der unechten Solidarität, denn es ist allein sachgemäß, mit voller Befriedigung eines Verletzten sämtliche Ansprüche auf Schadensersatz erlöschen zu lassen [73]).

Taucher [74]) folgt Oertmann, bemerkt aber zum Schluß, daß er eine Erklärung für die verschiedene Behandlung von Vertrags- und Deliktsschuldner nicht geben könne; es müsse eben so entschieden werden. Dies ist ehrlich, läßt aber ein folgerichtiges System vermissen [75]).

Fischer [76]) nimmt an, daß mit der Ersatzleistung durch eine von mehreren für denselben Schaden verantwortlichen Personen, in der Person des Ersatzberechtigten sämtliche Schadensersatzansprüche untergehen. Trotzdem erhalte der Ersatzleistende seine Ansprüche gegen Dritte erst durch Übergang der Rechte aus der Person des Ersatzgläubigers auf ihn. Allerdings füllen sich diese übergehenden Rechte erst wieder mit neuem Inhalt in der Person des Zessionars.

Nun könnte man, sofern man eine Abtretung für nötig hielte, diese so erklären, wie Fischer dies hier tut. Aber die Ausführungen Fischers zeigen doch ebenfalls deutlich, daß diese Abtretung nur eine Form ist, deren Inhalt auf ganz anderen Erwägungen beruht. Warum nicht darauf den Regreßanspruch stützen? Damit ist man dann auch der Mühe enthoben, Ansprüche zu zedieren, die sich erst in der Person des Zessionars wieder mit Inhalt füllen, in der Person des Zedenten also leer sind. Ob und wie sich diese letzteren von nicht bestehenden Ansprüchen unterscheiden, kann ich nicht ergründen. Ich kann mir auf jeden Fall keinen Unterschied denken, wenigstens keinen praktischen.

Müller [77]) nimmt an, daß die Ersatzleistung durch einen von mehreren Verpflichteten sämtliche Forderungen zum Erlöschen

---

[73]) Auch soweit es sich um die Frage des Erlasses bei unechter Solidarität handelt, kommt Oertmann in Schwierigkeiten. In seinem Kommentar, § 420, Anm. 5 b β nimmt er an, daß der Gläubiger durch Vertrag mit dem Vertragsschuldner dem Deliktsschuldner die Schuld nicht erlassen könne. Umgekehrt wirke der dem Deliktsschuldner gewährte Erlaß ohne weiteres auch für den Vertragsschuldner. Dies alles ohne nähere Begründung; letzten Endes entschieden nach Billigkeit. Dagegen Klingmüller, S. 90. Von unserem Standpunkt aus kann der Gläubiger die Schuld beliebig erlassen. Auf die Frage des Regresses hat dies gar keinen Einfluß.

[74]) Taucher, S. 43.

[75]) Reichel a. a. O., S. 52 f. sagt, die Deduktion Oertmanns habe etwas Bestechendes. Allein sie versage. Denn § 426 gelte auch für unechte Gesamtschulden. § 255 sei daher überflüssig, § 426 bestimme ja das Erforderliche. Dies ist insofern richtig, als § 255 auf den Regreß bei Schadensersatzansprüchen keine Anwendung finden kann. Im übrigen aber ist § 255 eine Ausgleichsvorschrift von erheblicher Bedeutung. Dies wird sich bald zeigen.

[76]) Fischer a. a. O., S. 108 u. 114 sowie S. 254, Anm. 12.

[77]) Müller a. a. O., S. 130 f.

bringe. Die Schadensersatzverpflichtung gehe als solche unter. Dagegen habe der befriedigte Gläubiger einen Bereicherungsanspruch gegen den Deliktsschuldner, dessen Abtretung der Vertragsschuldner verlangen könne. Ein solcher Bereicherungsanspruch entstehe, wenn der Ersatzleistende die Schadensersatzforderung des Berechtigten gegen den andern als ein vom Geschädigten erlangtes Surrogat hätte in Anspruch nehmen können. Trifft dies zu, so sei der andere ohne rechtlichen Grund von seiner Schadensersatzverpflichtung frei und daher um die Ersatzsumme auf Kosten des Berechtigten ohne rechtlichen Grund bereichert. Er sei von der Schadensersatzverpflichtung frei, müsse aber diese Summe als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben.

Müller konstruiert in äußerst künstlicher Weise[78]) einen Bereicherungsanspruch. Es ist nicht im geringsten überzeugend, wieso der Ersatzberechtigte, obgleich er nicht mehr als seinen Schaden ersetzt erhalten hat, auf einmal ungerechtfertigt bereichert sein soll. Das ist doch wohl unmöglich. Die Ausführungen Müllers können nicht das Gegenteil beweisen.

Rudolf Schmidt[79]) sagt: Erfolgt die Abtretung bei der Leistung, so könnte man sagen, der § 255 gebe ein Recht anstatt zu erfüllen, den Anspruch des Gläubigers gegen den Dritten zum Nominalwert zu kaufen. Er lehnt dies jedoch selbst ab, da die Zession auch noch nach der Schadensersatzleistung erfolgen könne.

M. E. ist es überhaupt verfehlt, hier den Gedanken des Kaufs zu verwenden. In § 255 stehen Ersatzleistung und Abtretung einander gegenüber, ähnlich, wie die beiderseitigen Leistungen bei den synallagmatischen Verträgen. Der Grund hierfür liegt in der Ausgleichspflicht beim Schadensersatz. Hier einen Kauf zugrunde zu legen, zu dem § 255 berechtigen soll, geht nicht an. Die Frage müßte überhaupt ganz allgemein für sämtliche abzutretende Ansprüche gestellt werden, nicht nur für Schadensersatzansprüche.

Außerdem wäre noch gar nicht entschieden, welche Ansprüche nach § 255 abgetreten werden könnten oder nach Schmidt gekauft werden könnten. Denn erloschene Ansprüche können eben nicht mehr abgetreten werden, mag die Verpflichtung auf einem angeblichen Kaufvertrag beruhen oder nicht; und die Frage, wer von mehreren Schadensersatzpflichtigen den Schaden endgültig zu tragen hat, kann ebensowenig danach entschieden werden, wer dem Ersatzberechtigten zuerst den Anspruch gegen den andern Ersatzpflichtigen abkauft. Die Probleme bleiben also ganz dieselben, auch wenn man dem Ersatzleistenden ein Recht zuerkennen

---

[78]) Vgl. Schmidt: Unechte Solidarität, S. 19 f.
[79]) Schmidt: Unechte Solidarität a. a. O., S. 18.

würde, die Schadensersatzansprüche gegen Dritte zu kaufen. Dadurch würde höchstens eine Verwirrung angerichtet über die Grundlagen der Abtretung der Ansprüche nach § 255.

Crome ist Anhänger der herrschenden Meinung [80]), zählt daher Schadensersatzansprüche zu den abzutretenden Ansprüchen des § 255. In Iherings Jahrbücher, Band 35, S. 112, an einer Stelle, an der § 255 nicht in Frage steht, sagt er aber: „All diese Sätze über den Regreß bei unechten Gesamtschulden folgen aus dem Wesen der einschlägigen Begriffe ... des Schadensersatzes, der nur einmal geleistet werden kann, so daß mit der Leistung sämtliche übrige Beteiligte befreit sind", und S. 118: „Denn es ergibt sich aus dem Begriff des Schadensersatzes doch von selbst, daß, nachdem der in Anspruch genommene Beklagte die ganze Ersatzsumme bezahlt hat, die andern Verpflichteten nicht mehr in Anspruch genommen werden können. Hier also, wo dem Auslegenden nicht schon ganz bestimmte Ergebnisse vor Augen schweben, die einfach herauskommen müssen, die richtige Ansicht [81]).

c) Der durchschlagende Grund, den Siber [82]) gegen die herrschende Meinung vorbringt, ist folgender:

α) Nach der herrschenden Meinung wäre das Ergebnis, daß, wenn einer von mehreren Ersatzpflichtigen leistet, die Ansprüche gegen die übrigen nicht erlöschen könnten, sondern dem Ersatzleistenden abzutreten wären, natürlich vorausgesetzt, daß sie nicht nach Sondervorschriften schon kraft Gesetzes auf ihn übergehen. § 255 wäre dann eine Vorschrift über den Regreß des Inhalts, daß bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen stets der Zuerstleistende Abtretung der Ansprüche gegen die übrigen verlangen und damit den Schaden auf diese abwälzen könnte. Die Regreßberechtigung hätte sich also nicht, wie sonst, nach dem Regreßgrunde der Ersatzpflicht, oder nach dem Innenverhältnis zwischen den mehreren Ersatzpflichtigen zu richten, sondern sie wäre ohne alle Rücksicht hierauf, nur dadurch bedingt, daß der eine dem andern mit der Ersatzleistung zuvorkommt. Darnach könnte auch der Dieb, der zuerst dem Eigentümer Ersatz leistet, den Schaden auf den Verwahrer abwälzen, der wegen fahrlässiger Überwachung neben

---

[80]) Vgl. Crome, System, S. 80 ff.

[81]) Donnevert, S. 47 f. bringt vor: Prinzipiell werde durch die Leistung des Ersatzes bei unechten Solidarobligationen der andere Schuldner nicht befreit; denn, so sage der Gläubiger, was geht es dich an, daß mir eine Leistung gemacht wird, die ich aus irgend einem Grunde zu fordern hatte. Du zweiter Solidarschuldner kannst dich nicht darauf berufen. Doch gibt er keinerlei nähere Begründung. Nachher will er Ausnahmen mittels der exceptio doli generalis schaffen. Daß diese Methode nicht zur Klärung des Problems beiträgt, ist klar.

[82]) Siber, Anm. 2 a.

ihm für den Diebstahl verantwortlich ist. Die herrschende Meinung sucht diesem unmöglichen Ergebnis dadurch zu entgehen, daß sie Ersatzansprüche, die aus besonderem Rechtsgrunde entstehen, von der Abtretungspflicht ausnimmt [83]).

aa) Zunächst ist an einigen Beispielen zu zeigen, daß § 255 nicht entscheiden kann über die Frage, wann der Ersatzleistende die Abtretung von Schadensersatzansprüchen gegen Dritte verlangen kann, d. h. über die Frage des Regresses bei mehreren für denselben Schaden verantwortlichen Ersatzpflichtigen.

1. C hat aus Fahrlässigkeit das Haus des B angezündet; B ist Verwahrer einer Sache des A und rettet diese nicht, obgleich ihm dies leicht möglich gewesen wäre; B haftet dem A aus Vertrag, C aus Delikt. Nach der herrschenden Meinung müßte also C den Schaden endgültig tragen! Das ist doch wohl ausgeschlossen [84]).

2. Der Eisenbahnbeamte X der Eisenbahn B läßt den Güterschuppen vorsätzlich oder fahrlässig offen stehen. Infolgedessen gelangt der Hund des C dorthin, und richtet am Frachtgut des A erheblichen Schaden an. Hier müßte die herrschende Meinung dem C den Schaden endgültig aufbürden. Das wäre noch unbilliger.

3. B hat eine Sache auf Kosten des A ohne rechtlichen Grund und in Kenntnis dieses Mangels erhalten. Er bewahrt diese Sache so fahrlässig auf, daß sie vom Hund des Nachbars zerstört wird. Es wäre sehr unbillig, hier dem C den Schaden endgültig aufzubürden.

4. B ist Verwahrer einer Sache des A. Er unterschlägt sie und verkauft sie an den Hehler C unter Mitteilung des Sachverhalts. Dieser verkauft sie an einen unbekannten Käufer. Sollte dies als Fall der unechten Gesamtschuld zu bezeichnen sein — was ich hier nicht zu entscheiden habe — so ist es jedenfalls unbillig, den endgültigen Schaden unter Anwendung des § 255 auf C abzuwälzen.

5. Der Beamte X der Eisenbahn B hat fahrlässigerweise die Waggonbezeichnungen verwechselt; infolgedessen kommen die guten Kartoffeln des A in die Fabrik des C und werden dort als minderwertige verarbeitet. C handelt fahrlässig. Auch hier muß C nicht allein den entstandenen Schaden tragen.

6. B hat die Beförderung eines dem A gehörigen Klaviers übernommen. Er führt dies mit seinen etwas scheuen Pferden aus. Während der Fahrt werden die Pferde vom Hund des C heftig

---

[83]) Vgl.: Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 291 ff, Kommentar zu § 255, Anm. 7. Staudinger, Anm. 7. Fischer, S. 108 u. 114; Windscheid-Kipp, S. 63; Crome, S. 82; Müller, S. 129, Anm. 3. Taucher, S. 43. Lips, S. 46—49. Schulz, S. 55 unterscheidet eigene und fremde Verbindlichkeit. Darnach bestimme sich der Regreß. Damit steht er praktisch auf der Seite Sibers.

[84]) Vgl.: Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 83; dort ist ein ähnlicher Fall angeführt.

angebellt, gehen infolgedessen durch, das Klavier wird herabgeschleudert und erheblich beschädigt. Auch hier ist es wohl kaum möglich, dem C nach § 255 den ganzen Schaden aufzubürden.

7. Hierher gehört auch der Fall, den Crome[85]) anführt: Der Fischbestand in einem Bache, in dem A fischereiberechtigt ist, wird dadurch vernichtet, daß von den Fabriken des B und C giftige Abwässer in den Bach geleitet werden, und zwar von der Fabrik des B zehnmal soviel, als von der des C. Hier ist es vollkommen ausgeschlossen, § 255 für die Frage des Ausgleichs zwischen B und C irgendwie zu verwerten.

8. Ist B gutgläubiger Besitzer einer Sache des A und wird sie ihm nach Eintritt der Rechtshängigkeit infolge fahrlässiger Bewachung seinerseits gestohlen, so kommt die herrschende Meinung wieder in Schwierigkeiten. Denn leistet der Dieb C Ersatz, so könnte er nach § 255 Abtretung der dem A gegen B zustehenden Schadensersatzansprüche verlangen, und damit den Schaden auf B abwälzen, weil ja in diesem Fall die Schadensersatzansprüche A gegen B nicht auf Vertrag, sondern auf dem Eigentum beruhen. Dieses Ergebnis ist unmöglich[86], [87]).

bb) Auch die Vertreter der herrschenden Meinung sind sich vollkommen klar darüber, daß sich in vielen Fällen der Regreß zwischen mehreren unechten Gesamtschuldnern nicht nach § 255 bestimmen läßt. Nach Oertmann würde dies zu schlechthin unannehmbaren Ergebnissen führen. Er führt aus[88]): Den §§ 830, 840, 426 BGB. gegenüber müsse § 255 zurücktreten. Liegen diese Fälle nicht vor, dann könne zwar der ersatzleistende Vertragsschuldner Abtretung der dem Gläubiger gegen den Deliktsschuldner zustehenden Schadensersatzansprüche verlangen, nicht aber umgekehrt; denn Schadensersatzansprüche aus Vertrag seien eben keine Ansprüche auf Grund des Eigentums. Zum Glück biete der Wortlaut des § 255 diesen Ausweg. Gleicher Ansicht sind auch sämtliche Anhänger der herrschenden Meinung[89]). Diese Ansicht

---

[85]) Crome Jherings Jahrbücher, Band 35, S. 109.

[86]) Vgl. Siber, Anm. 2 a; Windscheid-Kipp II., S. 258 nimmt an, daß der Dieb auch dem gutgläubigen Besitzer ersatzpflichtig sei. Dies ist schließlich ein Ausweg. Aber es fragt sich eben, ob sich derartige Notkonstruktionen, die gemacht werden müssen, um offensichtliche Unbilligkeiten auszuschalten, nicht vermeiden lassen.

[87]) Vgl. auch Rg. 23, S. 329. Hier kann ebenfalls der Ausgleich nicht nach § 255 stattfinden. Läßt sich der Schuldige ermitteln, so muß er zahlen, andernfalls alle nach gleichen Teilen.

[88]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 289 ff.

[89]) Vgl. oben S. 32. Handelt es sich um gutgläubigen Besitzer und Dieb, so muß irgend ein anderer Ausweg gefunden werden (s. Anm. 86).

Taucher, S. 43 gibt zu, eine juristische Begründung für diese Ungleichheit in der Behandlung der Schadensersatzpflichtigen nicht geben zu können. Doch sei dies auch nicht notwendig. (?)

führt jedoch nur zu brauchbaren Ergebnissen, wenn sich fahrlässig handelnder Vertragsschuldner und vorsätzlich handelnder Deliktsschuldner gegenüberstehen; denn hier führt § 255 zufällig zum gleichen Ergebnis, wie ein Ausgleich nach dem beiderseitigen Verschulden. In allen oben genannten Beispielen ist das aber nicht der Fall. Hier entspräche es der Billigkeit, daß der Vertragsschuldner in einigen Fällen den ganzen Schaden, in andern wenigstens einen Teil desselben trage. Nach § 255 müßte man jedoch dem Deliktsschuldner jeweils den ganzen Schaden aufbürden. Dies wäre aber ein vollkommen unhaltbares Ergebnis; und wie es die Vertreter der herrschenden Meinung angreifen wollen, um auch hier zu einigermaßen brauchbaren Ergebnissen zu gelangen, kann ich mir nicht denken. Aber selbst wenn es gelingen sollte, die größten Unbilligkeiten durch irgend welche Konstruktionen zu vermeiden, so zeigt sich eben damit deutlich, daß der Regreß bei mehreren für denselben Schaden Ersatzpflichtigen nicht auf § 255 gegründet werden kann. Der Zweck, den die herrschende Meinung verfolgt, ist klar und auch anzuerkennen: derjenige, den das größere Verschulden bei der Entstehung eines Schadens trifft, soll ihn auch endgültig tragen. Der Weg aber, der zu diesem Ziel führen soll, ist falsch, und führt nur zufällig zum richtigen Ergebnis. Man könnte dem Gesetz nicht den Vorwurf ersparen, den internen Ausgleich zwischen den mehreren Schadensersatzpflichtigen bei unechten Gesamtschulden vollkommen willkürlich geregelt zu haben, nicht nach inneren Gesichtspunkten, sondern nach der Zeit der Ersatzleistung.

Mit dem Untergang einer Sache ist ein Vermögensstück aus der Welt der Güter verschwunden. Haften für diesen Untergang zwei Personen, so entsteht die Frage, wie sich die beiden in den Verlust zu teilen haben. Das kann sich doch letzten Endes nur darnach richten, inwieweit sie für den entstandenen Schaden verantwortlich sind, und diese Verantwortlichkeit ist nach dem Verhältnis des beiderseitigen Verschuldens zu bestimmen.

cc) Auch aus der Stellung des § 255 kann man folgern, daß wir hier keine Regreßvorschrift vor uns haben. § 255 sagt ganz allgemein: „Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts zum Schadensersatz verpflichtet ist“..., also prinzipiell jeder; und wir haben die Bestimmung eben so auszulegen, daß sie auch prinzipiell in jedem Fall Anwendung finden kann. § 255 steht bei den Vorschriften, die Form und Umfang des Schadensersatzes bestimmen. Auch dies ist bei der Auslegung zu beachten; § 255 bestimmt selbst auch Form und Umfang des Schadensersatzes. Wenn voller Ersatz für den Verlust einer Sache zu leisten ist, aber dem Ersatzberechtigten noch Ansprüche auf Herausgabe gegen Dritte zustehen, so

ist der entstandene Schaden nicht gleich dem vollen Wert der verlorenen Sache; deshalb muß entweder weniger ersetzt, oder der verbliebene Rest abgetreten werden. § 255 bestimmt nun, daß das letztere zu geschehen habe; also eine Bestimmung über die Form des Schadensersatzes. Unten (§ 15) wird sich zeigen, daß der Grundgedanke des § 255 ist, die Bereicherung bestimmter Personen zu verhindern. Eine solche Bereicherung steht aber gar nicht in Frage, wenn mehrere Personen für denselben Schaden haften; denn es kann vernünftigerweise nicht bestritten werden, daß nach Empfang des vollen Ersatzes seitens des Ersatzberechtigten weitere Ansprüche auf Schadensersatz von ihm nicht mehr geltend gemacht werden können. Damit fällt auch die Gefahr einer Bereicherung weg [90]).

dd) Damit dürfte erwiesen sein, daß § 255, als Regreßvorschrift verstanden, zu unhaltbaren Ergebnissen führt, und eine Regreßvorschrift wird es, wenn man Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche zählt. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit: Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255. Der Regreß bei unechten Gesamtschulden ist auf den wirklichen Grund der gegenseitigen Ausgleichspflicht zwischen den mehreren Ersatzpflichtigen, nämlich auf das Verhältnis des Verschuldens dieser Personen zu gründen und nicht auf § 255 [91], [92]). Hat man die serkannt, so besteht auch gar kein Bedürfnis mehr, Schadensersatzansprüche unter § 255 zu beziehen.

β) Hier entsteht noch die Frage: „Wie verhält sich § 255 zu den Regreßvorschriften bei der echten Gesamtschuld, und wie weit ist er dort überhaupt anwendbar?

---

[90]) a. A. nur Donnevert, S. 47 f.

[91]) Vgl. darüber auch unten, S. 50 ff.

[92]) Mit der von Siber aufgestellten Meinung setzt sich in ablehnendem Sinn nur Rössle a. a. O., S. 33 ff. auseinander. Er gibt zu, daß § 255 eine Ausgleichsvorschrift, keine Regreßvorschrift, darstelle. Soweit habe Siber recht. Der Regreß richte sich bei unechten Gesamtschulden nach §§ 812 ff, 673 ff. — wohl kaum richtig — also nach dem materiellen Verpflichtungsgrunde. Er zieht aber nicht die Konsequenz daraus, sondern erklärt ruhig, daß trotzdem Schadensersatzansprüche unter § 255 fallen, ohne sich mit den Einwendungen Sibers näher auseinander zu setzen. § 989 f stehe unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentum“ und der Fall, daß dem fahrlässigen Besitzer die Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestohlen wird, ließe sich mit einer exceptio doli generalis lösen. Weiter sagt dann Rössle ruhig, § 255 sei nicht Regreßvorschrift, aber den §§ 426, 840 gegenüber sei er lex specialis. Offensichtlicher kann man sich wohl kaum widersprechen. Gegen die Meinung Sibers ist mit diesen Ausführungen gar nichts gesagt, dessen Einwendungen gegen die herrschende Meinung nicht widerlegt, im Gegenteil eine Auseinandersetzung mit ihnen geflissentlich vermieden.

Oertmann[93]), und ihm folgend die ganze herrschende Meinung, setzt sich mit dieser Frage auseinander, und zwar seien §§ 830, 840, 426 BGB. lex specialis gegenüber § 255, schließen ihn also aus. Es wird zwar nirgends ausdrücklich gesagt, ob § 255 auch bezüglich des Herausgabeanspruchs oder nur bezüglich der Schadensersatzansprüche von der Anwendung ausgeschlossen sein soll. Gemeint sind wohl beide, immer vorausgesetzt, daß der Herausgabeanspruch gegen einen Gesamtschuldner und nicht gegen einen beliebigen Dritten sich richtet.

Oertmann S. 291 sagt: In allen solchen Fällen, nämlich wenn § 840 zur Anwendung kommen kann, müßte § 255 unanwendbar sein. Er nimmt also eine konkurrierende Anwendbarkeit nicht an. Und S. 287 sagt er: Wenn dingliche und obligatorische Ansprüche konkurrieren, so können nicht nur die dinglichen nach § 255 abgetreten werden. Auf vorliegenden Fall angewandt, würde das heißen: Wenn § 255 durch andere Bestimmungen ausgeschlossen wird, so gilt dies auch für den Herausgabeanspruch nicht nur für Schadensersatzansprüche. Der Anspruch auf Schadensersatz geht zunächst auf Naturalrestitution, also auf dasselbe wie der Herausgabeanspruch. Würde Oertmann hier § 255 anwenden, so würde wieder erreicht, was er dadurch ausschließen will, daß er §§ 840, 426 dem § 255 gegenüber als lex specialis erklärt. Außerdem würde er ja selbst zugeben, daß bei der echten Gesamtschuld nur Herausgabeansprüche unter § 255 fallen, nicht auch Schadensersatzansprüche, daß es also gar nicht so klar ist, daß die letzteren unter § 255 zu beziehen sind, und das wird er nicht wollen. Im Sinne Oertmanns dürfte es daher gelegen sein, den § 255 auch dann nicht anzuwenden, wenn in den Fällen der §§ 830, 840, 426 gegen einen der mehreren Verpflichteten noch ein Herausgabeanspruch besteht.

Mit dieser Auseinandersetzung gibt die herrschende Meinung zu, daß § 255 eine Regreßvorschrift darstellt, und zwar die allgemeine, denn wie könnte sie sonst von andern Regreßvorschriften berührt werden. Über den Inhalt dieser Regreßvorschrift hat man sich allerdings kaum Gedanken gemacht, denn es läßt sich wohl nicht bestreiten, daß dieser lauten muß: „Wer zuerst Schadensersatz leistet, kann den Schaden auf den andern Ersatzpflichtigen abwälzen", und es läßt sich ebensowenig bestreiten, daß dieser Satz nicht haltbar ist.

Man nehme folgenden Fall: B und C stehlen gemeinsam eine Sache des A. C behält sie gegen den Willen des B. B muß dem A Ersatz leisten. Nach der herrschenden Meinung käme § 255 nicht

---

[93]) Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 289—291.

zur Anwendung, wie gezeigt, wohl auch nicht bezüglich des dinglichen Herausgabeanspruchs.

Oder: B und C sind Besitzer einer Sache des A. Sie sind gutgläubig. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit verkaufen sie die Sache an den gutgläubigen X; den Kaufpreis behält C. B muß dann dem A vollen Ersatz leisten. Auch hier käme nach der herrschenden Meinung § 255 nicht in Betracht. Es handelt sich um Fälle der echten Gesamtschuld, bei denen der eine Gesamtschuldner von der Sache, für deren Verlust der andere Gesamtschuldner den vollen Wert zu ersetzen hat, noch etwas in seinem Vermögen hat, sei es die Sache selbst, sei es irgendein Surrogat. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren.

In diesen Fällen wird § 255 ganz zu Unrecht von der Anwendung ausgeschlossen. Auch hier soll derjenige, der vollen Ersatz leistet, zunächst das erhalten, was von der verlorenen Sache noch vorhanden ist im Vermögen der Beteiligten; und erst dann entsteht die Frage des Regresses. Soweit die Sache oder deren Wert noch vorhanden ist im Vermögen der mehreren Schadensersatzpflichtigen, ist ja, soweit es sich um die Frage des Regresses handelt, ein Schaden gar nicht entstanden bzw. besteht er nur in der Wertminderung. Dies könnte allerdings auch beim Ausgleich nach §§ 830, 840, 426 berücksichtigt werden, und die herrschende Meinung müßte dies tun, um zu richtigen Ergebnissen zu gelangen. Systematisch richtiger ist es, hier den § 255 anzuwenden.

Es ist zu behaupten:

§ 255 findet — nach unserer Auslegung, Schadensersatzansprüche nicht darunter bezogen — auch dann Anwendung, wenn sich die Beziehungen zwischen den mehreren Ersatzpflichtigen nach §§ 830, 840, 426 BGB. regeln, einer von ihnen aber von der verlorenen Sache noch etwas in seinem Vermögen hat, und zu dessen Herausgabe verpflichtet ist. Die Bestimmungen über den Regreß und § 255 regeln ganz verschiedenes und können friedlich nebeneinander bestehen und angewandt werden, ohne daß die Frage der Konkurrenz für die beiden Bestimmungen auftaucht.

IV. Das Ergebnis, zu dem wir nach den vorstehenden Darstellungen kommen, ist folgendes:

Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255.

Damit entsteht die allgemeine Frage, wie der Regreß in den hier in Betracht kommenden Fällen der unechten Gesamtschuld sich

gestaltet. Auf diese Frage ist hier nur ganz kurz einzugehen. Siber[94]) sagt: Möglicherweise könne gegen die hier vertretene Meinung eingewendet werden, daß darnach unter Umständen eine dem Rechtsgrunde der Ersatzpflicht nach berechtigte Regreßnahme ungebührlich beschränkt würde, daß z. B. dem gutgläubigen Besitzer, dem nach der Rechtshängigkeit die Sache infolge seiner Fahrlässigkeit gestohlen wird, sehr wohl die Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Dieb zugestanden werden könnte. Jedenfalls sei aber die Abhilfe nicht in § 255 zu suchen, denn dieser sehe von dem Rechtsgrund völlig ab, und ergäbe deshalb auch im umgekehrten Verhältnis ein Recht des Diebes auf Abtretung des Anspruchs gegen den gutgläubigen Besitzer. § 255 bleibe daher als lex generalis über den Regreß für alle nicht durch Sondervorschriften geregelten Fälle unmöglich. Wohl aber könnte man die Abhilfe in einem aus Treu und Glauben herzuleitenden Satze finden, nach dem der Ersatzpflichtige befugt wäre, den Ersazberechtigten anstatt durch schuldtilgende Erfüllung auch durch Abnahme seines Ersatzanspruchs gegen den Dritten zum Nominalwerte zu entschädigen.

Zu einer derartigen allgemein gehaltenen Begründung wird man sich aber erst verstehen, wenn es nicht möglich ist, den Regreß auf andere positive Bestimmungen des Gesetzes zu stützen.

Klingmüller will als Anhänger der herrschenden Meinung den Regreß bei unechten Gesamtschulden auf Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag stützen[95]). Damit ist jedoch für die hier in Frage stehenden Fälle, bei denen durch das Verschulden mehrerer Personen eine Sache verloren gegangen ist, nichts gesagt. Wenn von der Sache noch etwas vorhanden ist, so kommt in diesem Punkt § 255 zur Anwendung. Ist die Sache aber zerstört, dann ist es unzulässig, zu sagen, der zahlende, unechte Gesamtschuldner führe die Geschäfte des nicht Zahlenden, oder der Nichtzahlende sei auf Kosten des Zahlenden ungerechtfertigt bereichert; denn wann dies jeweils der Fall sein soll, entscheidet sich nicht nach den Grundsätzen der Bereicherung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern darnach, wer für den entstandenen Schaden am meisten verantwortlich ist, d. h. nach dem Verhältnis des Verschuldens der beiden Gesamtschuldner.

Man fragt also mehr oder weniger bewußt zuerst, wem ist nach Recht und Billigkeit der endgültige Schaden aufzubürden? Und wenn man sich darüber klar ist, dann erklärt man, falls der nicht endgültige Verpflichtete zahlt, dieser führe die Geschäfte des

[94]) Siber, Anm. 2 d.

[95]) Klingmüller, S. 96 ff.; vgl. auch Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 70 bis 77.

andern Gesamtschuldners, und sei aus diesem Grunde regreßberechtigt, oder der andere sei auf Kosten des Zahlenden ungerechtfertigt bereichert, so daß diesem hieraus ein Regreßanspruch entstehe. Dies enthält jedoch nur eine Verschleierung des wirklichen Regreßgrundes, und ist nur geeignet, zu falschen Entscheidungen Anlaß zu geben. Hinzu kommt noch, daß es an den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag oft fehlen mag, und der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Regelfalle nicht sehr intensiv ist. Also alles in allem, eine sehr unzweckmäßige Konstruktion!

Interessant ist, wie das Schweizerische Recht sich zu unserer Frage stellt. Artikel 51 des Schweizer. Zivilgesetzbuchs bestimmt: „Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet. Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist."

Bezug genommen wird hier auf Art. 50 Abs. 2: „Ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt."

In diesen Bestimmungen ist die Richtung enthalten, in der die Entscheidung über die Frage des Regresses bei unechten Gesamtschulden liegen muß; dabei handelt es sich hier immer nur um die Fälle des Verlustes einer Sache, denn nur hier kann es sich um die Anwendung des § 255 handeln. Wie dieser Weg gangbar ist, zeigt Rudolf Schmidt[96]). Er hat m. E. überzeugend nachgewiesen, daß die §§ 422 bis 426 auch auf die Fälle der sog. unechten Gesamtschuld anzuwenden sind. Der Regreß bestimmt sich hier also ebenfalls nach § 426; ohne daß es auf einen gleichartigen Entstehungsgrund, eine Zweckgemeinschaft, Gefahrengemeinschaft, oder sonst eine Gemeinschaft, ankäme. Voraussetzung ist nur, daß mehrere Personen für denselben Schaden haften. Schmidt gibt damit eine Regreßgrundlage, die nicht zu mehr oder weniger will-

[96]) Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 46 ff. Dazu Heck: Recension von Schmidt im Archiv für ziv. Praxis n. F. Bd. 2, S. 132. Schmidt folgt Kleinmann in seiner Dissertation über „Unechte Gesamtschulden". Zum selben Ergebnis kommt auch Schulz, S. 62 ff. Ähnlich auch Reichel, S. 51: das BGB. sehe auch solche Gesamtschuldnerschaft als echte und rechte an, die auf verschiedenen Entstehungsgründen sich aufbaut, und die §§ 422 ff BGB. seien darauf anzuwenden. Nachher unterscheidet er allerdings wieder zwischen gleichgründiger und ungleichgründiger Gesamtschuld.

kürlichen Ergebnissen führt, sondern nach dem eigentlichen Grund des Regresses bei den Fällen des § 255, nach dem Verhältnis des Verschuldens der mehreren Ersatzpflichtigen bei der Herbeiführung des Schadens (§ 254 BGB.), den Regreßanspruch bestimmt. Nur darnach kann sich dieser bestimmen und darnach muß er sich bestimmen, wenn man gerechte und praktisch brauchbare Resultate erhalten will.

3. Die unter § 255 fallenden Ansprüche.

§ 11. Die dinglichen Ansprüche.

Nach Ausschaltung der Schadensersatzansprüche kehren wir wieder zu der Frage zurück: Welche Ansprüche fallen nun im einzelnen unter die abzutretenden Ansprüche des § 255?

Den Hauptfall stellt der Anspruch aus § 985 dar. Es ist der typische Anspruch auf Grund des Eigentums, der dem Ersatzberechtigten noch zusteht, während der Besitz verloren gegangen ist. Leistet jemand vollen Ersatz für den Verlust der Sache, so gebührt ihm zunächst der Anspruch auf Herausgabe derselben.

Ebenso gehört hierher der Anspruch aus § 1005. Der Anspruch aus § 1004 kommt hier wohl nicht in Betracht; denn § 255 setzt den Verlust einer Sache voraus. Weiter gehört hierher der Anspruch aus § 1007. Zwar ist es nicht ein Anspruch auf Grund des Eigentums, trotzdem er unter diesem Titel steht. § 1007 hat ja seine Bedeutung darin, daß er zur Anwendung kommt, wenn zweifelhaft ist, wer Eigentümer der strittigen Sache ist, wenn ein solcher gar nicht bekannt ist. Der Anspruch gründet sich auf früheren Besitz. Trotzdem besteht ein Bedürfnis, den § 255 hier analog anzuwenden. Dagegen läßt sich kaum etwas stichhaltiges einwenden. Hatte z. B. A eine Sache des X im Besitz, wobei er sich berechtigterweise für den Eigentümer hielt, und wurde sie infolge Fahrlässigkeit des Dienstboten B von C gestohlen und an D veräußert, so kann B, der von A auf Ersatz in Anspruch genommen wird, Abtretung der diesem nach § 1007 Abs. 2 gegen D zustehenden Ansprüche verlangen. Andere Ansprüche A gegen D oder B gegen D bestehen nicht; diese Abtretung ist also von erheblicher Bedeutung [97]).

---

[97]) Es entspricht der durchaus herrschenden Meinung, daß die oben genannten Ansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen sind; — vgl. die oben S. 61 zitierten Autoren an den dort angeführten Stellen. — Vielfach wird § 255 auf § 1007 direkt, nicht nur analog, angewandt; doch ist dies nicht sehr erheblich. Nach Siber sind die oben genannten Ansprüche die einzigen, die nach § 255 abzutreten sind.

Hierher gehört auch der Anspruch aus § 861 BGB. Eine direkte Anwendung ist wegen des Wortlauts nicht möglich. Doch besteht ein Bedürfnis nach analoger Anwendung. Der Ersatzleistende kann unter Umständen ein Interesse daran haben, rascher zum Ziel zu gelangen, als dies mit dem Eigentumsanspruch möglich ist; dem ist Rechnung zu tragen. Die Bedeutung dieser Abtretung ist allerdings gering, da ja § 861 praktisch sehr selten zur Anwendung gelangt.

§ 12. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.

In der Literatur finden sich über diesen Punkt nur einige kurze Bemerkungen.

a) Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung können Ansprüche auf Grund des Eigentums nach § 255 sein. Mit der durchaus herrschenden Meinung (anders nur Siber und Stammler) ist anzunehmen, daß eine Beschränkung auf dingliche Ansprüche keineswegs erforderlich ist. Es wurde schon oben ausgeführt, daß der Wortlaut nicht zu einer derartigen Beschränkung zwinge. Wenn nun A Eigentümer einer Sache war, jetzt B das Eigentum ohne rechtlichen Grund erlangt hat, so kann man sehr wohl sagen, dieser Kondiktionsanspruch stehe dem A deshalb zu, weil er Eigentümer der Sache war, er stehe ihm also auf Grund seines Eigentums zu. Eine weitere Voraussetzung ist freilich, daß das Eigentum ohne rechtlichen Grund erlangt ist, aber der Anspruch steht dann dem früheren Eigentümer zu. Die herrschende Meinung will diese weitere Auslegung vor allem zugunsten der Ansprüche auf Schadensersatz anwenden. Dies wäre an und für sich möglich, aber es ist aus andern Gründen — wie gezeigt — unzulässig.

b) In der Literatur konnte ich nur an zwei Stellen das Verhältnis von § 255 zu den Bereicherungsansprüchen erwähnt finden. Nämlich einmal bei Rudolf Schmidt[98]). Er sagt: Nicht nur bei Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache greife § 255 Platz; daß dies auch in andern Fällen unentbehrlich sei, zeige folgendes Beispiel: der Inhaber eines Auskunftsbüros hat fahrlässig die Zuverlässigkeit einer Person versichert, bei der jemand Wertsachen hinterlegen wollte. Diese Person hat die Wertsachen veräußert. Das Auskunftsbüro muß hier, wenn es den hinterlegenden Eigentümer entschädigt, das Recht haben, daß dieser ihm seinen Anspruch aus § 816 und aus unechter Geschäftsführung (§§ 687, 2; 681; 667) gegen den Verwahrer auf Ersatz des für die Wertpapiere erlösten Betrages abtritt. Schmidt sagt dann allerdings S. 22,

[98]) Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 21.

Anm. 2, § 816 sei kein Bereicherungsanspruch. Wäre dies der Fall, so wäre anders zu entscheiden. Dann bei Taucher in seiner Dissertation S. 37. Er sagt: Fraglich könne die Notwendigkeit der Abtretung nur sein bezüglich der Bereicherungsansprüche aus § 951 BGB. Es könne nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß die Abtretung des nach dem Wortlaut des § 951 dem Eigentümer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Bereicherung vom Ersatzleistenden nach § 255 begehrt werden könne.

Hier sind nur einzelne Fälle genannt. Wir haben daher ganz allgemein die Frage zu prüfen, ob Bereicherungsansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 fallen.

c) Zunächst einige Beispiele abgesehen von den allgemeinen Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. § 816 soll schon hier behandelt werden:

1. Rüben des A kommen infolge eines Verschuldens der Eisenbahn B in die Fabrik C. Dort werden sie verarbeitet; ein Verschulden trifft dort niemand.

In § 951 ist gesagt: Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet, kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt, Vergütung in Geld nach Bereicherungsgrundsätzen verlangen. Den Rechtsverlust erleidet der Eigentümer A, nicht B. Also steht der Kondiktionsanspruch zunächst ihm zu. Es fragt sich nun: Entsteht mit der Ersatzleistung des B in dessen Person ein direkter Bereicherungsanspruch gegen C? Denkbar wäre dies auf zweierlei Weise:

Man nimmt an, mit der Ersatzleistung des B hat C etwas auf Kosten des B erlangt, nicht mehr auf Kosten des A. Der Anspruch des A gegen C aus § 951 müßte mit der Ersatzleistung durch B untergehen und für B ein allgemeiner Bereicherungsanspruch gegen C entstehen. Es besteht jedoch gar kein Grund zwischen dem Anspruch des A aus § 951 gegen C und demjenigen gegen B, auf Schadensersatz etwa ein Solidaritätsverhältnis anzunehmen. Auch nach der Schadensersatzleistung durch B bleibt der Anspruch des A gegen C aus § 951 bestehen.

Oder man nimmt folgendes an: A hat einen Anspruch aus § 951 gegen C. Erlangt A auf Grund dieses Anspruchs etwas von C zurück, so hat B eine condictio ob causam finitam auf Rückgabe eines entsprechenden Teils des geleisteten Schadensersatzes. Um nun den Umweg über A zu vermeiden, gibt man dem B einen direkten Anspruch gegen C auf Herausgabe der Bereicherung (directa via). Der Anspruch des A gegen C würde daneben bestehen bleiben. Voraussetzung für einen solchen direkten Anspruch wäre allerdings, daß A zur Abtretung seines Anspruchs gegen C verpflichtet wäre, denn wenn er seinen Anspruch gegen C zurück-

behalten kann, um ihn selbst gegen C geltend zu machen, so kann ihm dies nicht durch einen dem B entstehenden direkten Anspruch unmöglich gemacht werden.

Das Bestehen eines derartigen direkten Anspruchs zwischen B und C würde ein Bedürfnis nach Abtretung des dem A verbliebenen Anspruchs gegen C aber gar nicht ausschalten. Unten (§ 16) wird sich zeigen, daß das von der verlorenen Sache im Vermögen der Beteiligten noch Vorhandene zunächst in das Vermögen des B kommen soll, dann erst soll der endgültige Ausgleich erfolgen. A soll also die Geltendmachung des Anspruchs des B gegen C nicht mit seinem eigenen Anspruch durchkreuzen können.

Ich möchte annehmen, daß ein direkter Anspruch des B gegen C im vorliegenden Fall nicht entsteht.

Für einen solchen direkten Anspruch spricht die Ähnlichkeit mit dem Fall der Anweisung bei fehlendem Valuta- und Deckungsverhältnis. Die beiden Fälle unterscheiden sich aber erheblich. Dort erfolgt die Vermögensverschiebung zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger und diese Leistung müßte nun über den Anweisenden wieder an den Angewiesenen zurückgelangen. Da ist es gerechtfertigt, dem Angewiesenen einen direkten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Anweisungsempfänger zu gewähren. Im vorliegenden Fall dagegen erfolgen die Vermögen verschiebenden Leistungen einerseits zwischen A und C, andererseits zwischen B und A, und wenn beidemal der rechtliche Grund fehlt, so hat die Rückgabe wieder so zu erfolgen, wie die Hingabe. Der Anspruch auf Rückgabe beruht dort auf § 951 BGB., hier auf einer condictio ob causam finitam, ist also ganz verschieden. Die Haftung kann hier schärfer sein als dort, so daß der direkte Anspruch unter Umständen zu einem ganz andern Ergebnis führen würde, als der Umweg über A. Haben wir aber hier nicht einen dem genannten Fall bei der Anweisung gleichgelagerten Fall, so spricht gegen einen direkten Anspruch auch der Umstand, daß die herrschende Meinung zum Bereicherungsanspruch Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung verlangt. Diese liegt hier zweifellos nicht vor.

Ist der Anspruch des A gegen C nicht zufällig ein Bereicherungsanspruch, so denkt niemand daran, dem B einen direkten Anspruch gegen C zu gewähren. Aber auch wenn dies der Fall ist, bleibt das Verhältnis A zu B ein Problem der Vorteilsausgleichung, das nur zwischen diesen beiden zu regeln ist, und nicht mit Ansprüchen gegen Dritte verquickt werden darf. B muß vollen Schadensersatz leisten, und kann sich die dem A gegen Dritte zustehenden Ansprüche abtreten lassen. Dies bestimmt § 255. Tut B dies nicht, so ist es nicht angebracht, ihm einen Anspruch gegen den Dritten

unter dem Gesichtspunkt „directa via“ zuzubilligen, sondern es ist ihm nur ein Anspruch gegen A zu gewähren, wenn letzterer wieder etwas von der Sache zurückerlangt hat.

Sodann können es ja auch mehrere Schadensersatzpflichtige sein. Leistet nun jeder einen Teil des Ersatzes, so müßte wohl jedem auch ein entsprechender Teil der Bereicherungsansprüche gegen den Dritten zustehen; dies gäbe in der praktischen Durchführung sicher zu Schwierigkeiten Anlaß.

Darnach ist die Rückgabe der Bereicherung, wenn eine Abtretung nicht erfolgt ist, zunächst an A, und eine Rückgabe des erlangten Schadensersatzes an B nicht ein bloßer Umweg, der sich durch einen direkten Bereicherungsanspruch des B gegen C voll und ganz ersetzen ließe; ein direkter Bereicherungsanspruch des B gegen C ist daher auch aus diesem Grunde nicht anzuerkennen [99]).

Erlangt A den Wert von C zurück, so muß er ja den erhaltenen Schadensersatz nach Bereicherungsgrundsätzen an B zurückgeben. Nun wird A, nachdem er vollen Ersatz erlangt hat, kaum je seine Kondiktionsansprüche gegen C geltend machen. Dieser könnte sich also des ungestörten Besitzes seiner Bereicherung erfreuen, während B aus seinem Vermögen dem A Ersatz geleistet hat, ihm also das gebührt, was von der Sache noch erreichbar ist, für deren Verlust er Schadensersatz geleistet hat. Es ist daher unbedingt erforderlich, daß B von A die Abtretung des diesem gegen C nach § 951 BGB. zustehenden Anspruchs verlangen kann. Daraus ist ersichtlich, daß auch die Ansprüche aus § 951 unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen sind.

2. B ist Gärtner des A. Er pflanzt fahrlässigerweise einen Baum des A auf ein Grundstück des C und muß daher dem A Schadensersatz leisten.

Auch hier steht der Anspruch nach § 951 dem A zu, auch nachdem B Schadensersatz geleistet hat, während dem B ein direkter Anspruch gegen C aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zusteht. Es ist ein Erfordernis der Billigkeit, dem ersatzleistenden B diese Ansprüche auf Herausgabe der Bereicherung zu gewähren.

3. Infolge eines Versehens des Kuhhirten B ist eine Kuh des A in die Hände des C gelangt. Sie kalbt dort. Dem A stehen dann Ansprüche nach § 988 gegen den C zu, vorausgesetzt, daß C nach § 955 Eigentum an dem Kalb erworben hat. Diese Ansprüche stehen nach § 988 dem Eigentümer, also dem A zu. Dabei ist gleichgültig, ob dieser daneben auch noch von anderer Seite Ersatz erlangt. Leistet B vollen Schadensersatz, so muß ihm nach § 255 der Anspruch des A gegen C auf Grund des § 988 abgetreten werden.

---

[99]) Vgl. auch D 12, 1, 131, § 1.

4. C findet die Sache des A. Dieser beauftragt den B, seine Eigentumsrechte geltend zu machen. B unterläßt es schuldhafterweise, dies innerhalb eines Jahres zu tun. Nach § 973 erleidet der Eigentümer einen Rechtsverlust. Dieser kann daher den Anspruch aus § 977 gegen den Finder geltend machen, und dies muß auch gelten, wenn er von anderer Seite Ersatz erlangt. Leistet also B Ersatz, so muß er Abtretung der dem A gegen C nach § 977 zustehenden Ansprüche verlangen können, denn ihm gebührt, was von der verlorenen Sache noch erreichbar ist (§ 255).

5. Eine dem A gestohlene Sache wird vom Dieb B auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags dem C übergeben. C ersitzt die Sache. Hier steht nach der Ersitzung dem A ein Kondiktionsanspruch gegen C zu [100]). Durch eine Ersatzleistung des B wird dieser Anspruch nicht berührt, so daß B Abtretung des Anspruchs nach § 255 verlangen kann, wenn er dem A vollen Schadensersatz leistet; auch hier gebührt ihm, was von der Sache noch vorhanden ist [101]).

6. Hierher gehört auch der von Schmidt oben (S. 54) angeführte Fall.

Weiter: A hat sein Pferd an X verkauft. B soll es überbringen, liefert es aber fahrlässigerweise bei C ab; C darf sich für den Empfang berechtigt halten und verkauft das Pferd an D weiter.

Oder: B ist Verwahrer einer Sache des A; er schenkt sie dem C, da er glaubt, die Sache gehöre ihm.

Leistet hier B vollen Schadensersatz an A, so ist immer A der Berechtigte, an den das durch die Verfügung Erlangte herauszugeben ist, und das bleibt er auch, wenn er von anderer Seite Schadensersatz erlangt. Andererseits ist es billig, dem B nach der Ersatzleistung aus seinem Vermögen die Ansprüche zu gewähren, die dem A nach § 816 noch gegen Dritte zustehen. Dies hat nach § 255 zu erfolgen; denn direkte Ansprüche des B gegen C liegen meist nicht vor, und weiter ist es nicht möglich, die Ansprüche aus § 816 mit der Ersatzleistung auf B übergehen zu lassen, denn der Berechtigte, dem gegenüber die Verfügung wirksam ist, ist und bleibt A [102]).

---

[100]) Vgl. Wolff: Sachenrecht, § 72. IV.

[101]) Anderer Ansicht allerdings Wolff, Sachenrecht § 72, Anm. 20. Nach ihm sollen die Condiktionsansprüche dem B zustehen. Doch erlangt C das Eigentum auf Kosten des A; ihm muß doch die Contiction gegen C zustehen.

[102]) Es ist allerdings bestritten, ob der Anspruch aus § 816 ein Bereicherungsanspruch ist, vgl. Oertmann Kommentar § 816, Anm. 1. Dort auch Literatur. Dagegen auch Schmidt, S. 22, Anm. 2 Nachdem § 816 einmal im Bereicherungsrecht steht, ist wohl richtigerweise davon auszugehen, daß § 816 einen Bereicherungsanspruch darstellt. Doch ist dies für die hier behandelte Frage ohne besondere Bedeutung.

In all diesen Fällen entspricht es der Billigkeit, daß B bei voller Ersatzleistung die Abtretung der dem A gegen C zustehenden Ansprüche verlangen kann. Ein direkter Anspruch des B gegen C besteht in den meisten Fällen nicht. Insbesondere entsteht ein solcher nicht unter dem Gesichtspunkt des „directa via" (vgl. oben S. 55 ff.). Auch kann es nicht zweifelhaft sein, daß nach der Ersatzleistung diese Ansprüche aus §§ 951, 988, 977, 816 nicht dem B zustehen, deshalb, weil mit der Ersatzleistung die Bereicherung auf Kosten des B erfolgt sei. Der Wortlaut ist jeweils ganz bestimmt. Derjenige, der durch die Handlung des C einen Rechtsverlust erleidet, bzw. der Berechtigte, demgegenüber die Verfügung wirksam ist, hat den Anspruch gegen C. Dadurch, daß ein anderer für diesen Rechtsverlust auf Schadensersatz haftet, kann man nicht sagen, dieser habe nach der Ersatzleistung den Rechtsverlust erlitten. In den genannten Bestimmungen ist jeweils der gemeint, der durch die Verbindung, Verarbeitung, Verfügung usw. ein Recht, d. h. sein Eigentum, verliert. Damit ist bei Ersatzleistung eine Abtretung dieser Ansprüche gegen C erforderlich, und § 255 ist die gegebene Bestimmung hierzu, die einen derartigen Ausgleich herbeiführen will, um Unbilligkeiten beim Schadensersatz zu vermeiden. Die genannten Ansprüche fallen daher unter die abzutretenden Ansprüche des § 255.

d) Wir haben weiter zu prüfen, ob auch die allgemeinen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 fallen.

α) Zunächst einige Beispiele:

1. A hat infolge falscher Führung der Bücher durch seinen Prokuristen B eine Sache an C geliefert, die er diesem gar nicht schuldet. A verlangt und bekommt von B Ersatz. Es entsteht nun die Frage, ob B von A nach § 255 die Abtretung der diesem nach § 813 gegen C zustehenden condictio indebiti verlangen kann.

2. Der Schreibgehilfe B des A, der weiß, daß A die von ihm diktierten Schriftstücke vor der Unterschrift nicht mehr genau durchzulesen pflegt, schreibt, A verkaufe eine Sache, während A diktiert hatte, er verkaufe sie nicht. Die Übereignung ist dann etwa durch einen Prokuristen unanfechtbar erfolgt. A ficht den Verkauf an, verlangt aber dann von B Schadensersatz. Kann B Abtretung der dem A gegen C zustehenden condictio ob causam finitam verlangen?

3. C schließt mit dem minderjährigen A einen wucherischen Kauf ab, auf Grund dessen die verkaufte Sache von A an C übereignet wird. Der Vormund des A - B weiß davon und stimmt der Übereignung zu. Er wird von seinem Mündel (A) auf Schadens-

ersatz belangt, den er auch leistet: Kann er Abtretung der dem A gegen C zustehenden condictio ob turpem causam verlangen?

4. A gibt dem C ein Darlehn, weil B ihm vorgespiegelt hatte, C sei schon volljährig; in Wirklichkeit ist er erst zwanzig Jahre alt. A verlangt von B vollen Schadensersatz. Kann er Abtretung der dem A gegen C zustehenden condictiosine causa verlangen?

Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Es handelt sich um Fälle, in denen jemand das Eigentum an einer Sache verliert, jedoch noch einen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe dieser Sache hat. Für diesen Verlust muß eine dritte Person auf Schadensersatz haften.

β) In der Literatur ist über diese Frage nichts zu finden. Schmidt: „Unechte Gesamtschuld", S. 22, Anm. 2, sagt: Wäre § 816 ein Bereicherungsanspruch, so wäre dieser Anspruch nicht unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen; denn dann wäre der Anspruch nur begründet, wenn C den Erlös auf Kosten des A erlangt hätte. Davon läßt sich nicht mehr reden, soweit B dem A Schadensersatz geleistet hat. Darnach käme also eine Abtretung der Bereicherungsansprüche nach § 255 nicht in Frage; denn sie erlöschen in der Person des Ersatzberechtigten mit der Leistung des Schadensersatzes seitens des B.

γ) Sicher ist soviel: Vor der Ersatzleistung durch B steht dem A zweifellos ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen C zu. Er kann ihm nicht deshalb abgesprochen werden, weil daneben noch eine andere Person auf Schadensersatz haftet; denn es ist noch gar nicht bestimmt, ob dieser Anspruch des A gegen B auch tatsächlich geltend gemacht wird und zum Erfolg führt; ob also die Bereicherung des C den B wirklich etwas kostet. Leistet nun B vollen Schadensersatz, so entsteht damit die Frage: Hat C nun auf Kosten des A oder auf Kosten des B etwas ohne rechtlichen Grund erlangt? Zweifellos ist ja, daß C etwas erlangt hat, und auch, daß er es ohne rechtlichen Grund erlangt hat; ebenso, daß er es vor der Ersatzleistung durch B auf Kosten des A erlangt hat. Kann nun dieses „etwas" mit der Ersatzleistung durch B auf einmal auf dessen Kosten erlangt sein? Dabei ist die Frage alternativ zu stellen. Entweder ist es auf Kosten des A oder des B erlangt; das eine schließt das andere aus[103]).

---

[103]) Von dem hier behandelten Problem ist ein anderes sehr wohl zu unterscheiden. Um einen gerechten Ausgleich zwischen mehreren unechten Gesamtschuldnern zu schaffen, wird vielfach ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des zahlenden Gesamtschuldners gegen die übrigen konstruiert, Vgl. RGE. 75, S. 283; 82, S. 215; Jur. Wochenschrift 1909, S. 137, Nr. 15; 1910, S. 390, Nr. 6; Oertmann in der Festschrift für Gierke, S. 14; Markuse: Jur. Wochenschrift, 1915, S. 266; Josef: Rhein. Zeitschrift, B. 9, S. 388; Klingmüller, S. 98 ff Crome, Jherings Jahrbücher, Bd. 35, S. 132 ff.

δ) Eine Auseinandersetzung mit der Frage der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung bei der ungerechtfertigten Bereicherung ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Die herrschende Meinung und vor allem das Reichsgericht verlangt eine solche unmittelbare Vermögensverschiebung als Voraussetzung für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Doch besteht eine vollkommene Einigkeit über den Begriff nicht. Gefolgert wird dies daraus, daß die Bereicherung auf Kosten eines anderen geschehen müsse [104]).

Verlangt man als Voraussetzung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung eine derartige Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung, so ist, welche der verschiedenen Formulierungen man auch wählen mag, in unseren Fällen nie ein direkter Bereicherungsanspruch B gegen C anzuerkennen; denn eine Vermögensverschiebung erfolgt zwischen A und C und A und B, nicht aber zwischen B und C. Dabei sind die beiden Vermögensverschiebungen zwischen A und C und A und B prinzipiell selbständig. Zunächst erlangt C etwas auf Kosten des A und nun leistet B dem A Schadensersatz; damit liegt eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen B und C niemals vor. Verlangt man dies zur ungerechtfertigten Bereicherung, so ist ein solcher Anspruch direkt zwischen B und C in den oben genannten Fällen nicht begründet.

Dagegen: Rabel: Rhein. Zeitschrift 1919, S. 99; Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 73—77.

Während in den oben im Text genannten Fällen schon vor der Ersatzleistung des B ein Bereicherungsanspruch A gegen C besteht und es sich nur darum handeln kann, ob dieser mit der Ersatzleistung des B auf diesen übergeht, würde hier der Bereicherungsanspruch B gegen C erst mit der Ersatzleistung entstehen; ginge also nur das interne Verhältnis B gegen C an und müßte darauf gegründet werden, daß der Ersatzleistende den andern Gesamtschuldner von seiner Schuld befreit, ohne daß ein rechtlicher Grund vorliegt.

Die Unmöglichkeit dieser Konstruktion ist von Schmidt, S. 76 ff. dargetan. Der Regreß bei mehreren Gesamtschuldnern kann sich allein nach dem Innenverhältnis zwischen diesen bestimmen, insbesondere nach dem Verhältnis des beiderseitigen Verschuldens. Hier die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung anwenden, heißt den wirklichen Regreßgrund mit falscher Etikette versehen, bedeutet also eine Verschleierung des wirklichen Regreßgrundes. Was man erreichen will, setzt man schon voraus. Dies führt dann besonders in zweifelhaften Fällen zu falschen Entscheidungen.

Hier sucht man bei unechten Gesamtschulden einen Bereicherungsanspruch zwischen den mehreren Gesamtschuldnern zu konstruieren; oben S. 42 f wurde schon angeführt, daß auch ein solcher Anspruch zwischen dem ersatzberechtigten und ersatzleistenden Gesamtschuldner konstruiert wird. Schon daraus ist ersichtlich, daß man mit derartigen Bereicherungsansprüchen vorsichtig zu Werke gehen muß.

[104]) Vgl. Plank, Vorbem. zu Tit. 24; 2 b; v. Mayr, S. 207 ff (er unterscheidet zwischen direkter und unmittelbarer Vermögensverschiebung. Nur letztere sei Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs, und zwar sei dies eine Be-

Aber auch, wenn man mit Enneccerus[105]) dies nicht für nötig erachtet zur Begründung eines Kondiktionsanspruchs, so dürfte trotzdem in unseren Fällen ein direkter Bereicherungsanspruch B gegen C nicht gegeben sein. Die vorliegenden Fälle unterscheiden sich erheblich von den von Enneccerus a. a. O. genannten. Bei uns entsteht durch die Handlung des A ein Bereicherungsanspruch des A gegen C. Damit ist die Sache für A zunächst verloren und für diesen Verlust haftet B. Vor der Ersatzleistung ist die Bereicherung des C unmöglich auf Kosten des B erfolgt. Nun leistet B dem A in vollständig selbständiger Handlung Ersatz. Dieser kann größer oder kleiner sein als die Bereicherung des C. Es liegen also zwei vollständig selbständige, vermögenverschiebende Handlungen vor, und die Bereicherung des C und der Vermögensverlust des B müssen sich in keiner Weise entsprechen. Man kann daher nicht sagen, C habe nach der Ersatzleistung etwas auf Kosten des B erlangt; B hat einen Vermögensverlust erlitten, weil er für den Verlust einer Sache des A verantwortlich ist. C ist nach wie vor auf Kosten des A bereichert, und sollte dieser die Sache oder deren Wert wieder von C zurückerlangen, so müßte er den erlangten Ersatz gemäß einer condictio ob causam finitam

---

reicherung, die nicht auf dem Umweg über anderes Vermögen durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten erreicht sei). Jung, S. 145 ff. (Wertbewegung direkt zwischen den Parteien). Dernburg II, 2 § 380, S. 689 V u. Note 11; Crome II, 2 § 317, S. 983 ff u. § 321 III, S. 997. RGE. 66, S. 80 (Vermögensverschiebung ist nur mittelbar erfolgt) RGE. 69, S. 245. (. . . Rechtsgeschäft im Auge, das unmittelbar zwischen dem Leistenden und dem Empfänger der Leistung, dem angeblich Bereicherten zustande gekommen ist; nicht aber gegen einen Dritten, dem ohne sein Dazutun der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts schließlich zugute kommt) RGE. 73, S. 177; 79, S. 285; 81, S. 265; 92, S. 82 ff; 97, S. 65, (wenn zwischen Vermögensminderung und Vermögensmehrung ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang besteht). Vgl. auch RGE. 112, S. 268; RG. Jur. Wochenschrift 1905, S. 80, Nr. 19 (unmittelbar zwischen den Parteien), RG. Jur. Wochenschrift 1905, S. 391, Nr. 9. RG. Jur. Wochenschrift 1908, S. 432, Nr. 6. (Grundsätzlich ist ein Bereicherungsanspruch nur dann gegeben, wenn die in Frage stehende Vermögensverschiebung sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat; also nicht auch, wenn ein Geschäftsführer oder Beauftragter oder ein gesetzlicher Vertreter im eigenen Namen mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat und aus einem solchen Geschäft der Geschäftsherr, der Vertretene bereichert worden ist). Anderer Ansicht in diesem Punkt Dernburg u. Crome a. a. Orten. (Die Bereicherung dürfe nicht mittelbar erlangt sein, das ist auf dem Umweg über ein anderes Vermögen, durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten.)

RG. Jur. Wochenschrift 1910, S. 752, Nr. 11; RG. Wameyer 1908, Nr. 439. Die gleichen Fomulierungen finden sich noch in anderen Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte.

[105]) Enneccerus, § 441, II, 4. Ihm folgt Hedemann: Bereicherung durch Strohmänner, S. 14 ff.

wieder an B zurückgeben. Ein direkter Anspruch unter dem Gesichtspunkt des „directa via" wurde schon oben S. 55 ff. abgelehnt.

Enneccerus verlangt Kausalzusammenhang zwischen dem Vorteil des einen und dem Nachteil des anderen. Das sei aber der Fall, wenn derselbe Vorgang, der die Bereicherung des einen bewirke, auch den Nachteil des andern verursache. Also auch nach Enneccerus wäre wohl in unserem Fall ein direkter Bereicherungsanspruch des B gegen C nicht anzuerkennen.

e) Wir kommen zu dem Ergebnis: Auch die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, gleichgültig, ob sie auf den allgemeinen Bestimmungen der §§ 812 ff. beruhen, oder auf besonderen Bestimmungen, fallen unter die abzutretenden Ansprüche des § 255. Dies ist auch durchaus gerechtfertigt. Denn diese Ansprüche bleiben auch bestehen, wenn B vollen Schadensersatz leistet; es ist kein Grund ersichtlich, sie deshalb untergehen zu lassen. Nun soll aber B, der aus seinem Vermögen vollen Ersatz leistet, das erhalten, was von der verlorenen Sache noch vorhanden ist und wiedererlangt werden kann. Dies vollzieht sich nach § 255.

f) Liegen die Voraussetzungen der §§ 819, 820 vor, so führt dies in Verbindung mit § 292 zu den §§ 985 ff. Soweit die Sache noch vorhanden ist, fallen diese Ansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255. Ist dagegen nach § 989, 990 Schadensersatz zu leisten, so kommt § 255 nicht zur Anwendung. Dies gilt auch für Früchte. Es ist durchaus gerechtfertigt, diese Unterscheidung in die verschiedenen Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung hineinzutragen. Denn es ist ein erheblicher Unterschied, ob der Beklagte nur herausgeben muß, was er erlangt hat, oder ob er infolge seines Verhaltens gemäß §§ 819, 820 verschärft haftet.

§ 13. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Hierher gehören auch die Ansprüche aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687, Abs. 2, BGB.).

Auch sie können Ansprüche auf Grund des Eigentums im Sinne des § 255 sein, sofern man eine Beschränkung auf dingliche Ansprüche nicht für angemessen erachtet (vgl. oben S. 37 f.) Wenn C die Sache des A sehr günstig verkauft, obwohl er weiß, daß er hierzu nicht berechtigt ist, so führt er die Geschäfte des Eigentümers; dieser ist der andere, für den C das Geschäft besorgt. Der Anspruch steht ihm also auf Grund seines Eigentums an der Sache zu.

In der Literatur werden diese Ansprüche nur kurz von Rudolf Schmidt erwähnt[106]). Aus dem von ihm angeführten, oben S. 54. schon zitierten Beispiel ergebe sich, daß auch die Ansprüche aus §§ 687, 2; 681; 667 BGB. der Abtretung nach § 255 unterliegen müßten. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren.

C schwindelt dem Handlungsgehilfen B Kreditwürdigkeit vor. Dadurch veranlaßt, verkauft dieser ihm eine Sache gegen Kredit entgegen den ausdrücklichen Anordnungen des Geschäftsinhabers. C verkauft die Sache zu günstigem Preis sofort an X weiter.

A hat eines seiner Pferde an C verkauft; der Gutsverwalter B, der das Pferd übergeben soll, liefert schuldhafterweise ein anderes. C, der die Verwechslung sofort bemerkt hat, verkauft das übergebene bessere Pferd möglichst rasch an den gutgläubigen D zu einem sehr günstigen Preis.

In allen derartigen Fällen hat A einen Schadensersatzanspruch gegen B und einen Anspruch aus § 687, Abs. 2, gegen C. B muß nun vollen Schadensersatz leisten. Der Anspruch, der dem A gegen C zusteht, kann davon nicht in Abzug gebracht werden. Der Erfolg der Geltendmachung dieser Ansprüche gegen C ist vielfach zweifelhaft, die Person des C unter Umständen gar nicht bekannt; C hat sich ja meist einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht. Darnach kann dem A nicht zugemutet werden, diese unsicheren Ansprüche gegen C selbst zu verfolgen unter Abzug des Wertes derselben von dem Schadensersatzanspruch gegen B. Auch würde diese Regelung schon daran scheitern, daß sich der wirkliche Wert des Anspruchs, der dem A gegen C zusteht, in den wenigsten Fällen auch nur annähernd bestimmen läßt. Der Zustand, der vor dem Verlust der Sache bestand, ist nur dann wiederhergestellt, wenn B zunächst vollen Ersatz leistet[107]). Geschieht dies, so entspricht es einem notwendigen Gebot der Billigkeit, daß B das von C durch unechte Geschäftsführung ohne Auftrag Erlangte bekommt. Ein direkter Anspruch gegen C steht ihm nicht zu. Dies ist hier ganz zweifellos anders wie oben bei den Bereicherungsansprüchen. Denn auch nach der Schadensersatzleistung durch B stehen diese Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag dem A zu und nicht etwa dem B. C hat nach wie vor die Sache des A veräußert, also dessen Geschäfte geführt. Will B also von C etwas herausbekommen, so muß er sich die Ansprüche des A gegen diesen abtreten lassen. A ist hierzu nach § 255 verpflichtet. **Darnach fallen auch Ansprüche aus § 687, Abs. 2, BGB. unter die abzutretenden Ansprüche des § 255.**

---

[106]) Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 21.
[107]) Vgl. auch oben § 6.

Wir haben nun noch zu prüfen, ob auch die Ansprüche aus echter Geschäftsführung ohne Auftrag unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen sind. Zu denken ist an Fälle folgender Art:

C hat von A dessen Viehstand gepachtet. A kauft weitere Tiere von B hinzu und läßt sie sofort an C übergeben. Diese sind krank, B handelt schuldhaft. Der ganze Viehstand des A wird dadurch angesteckt. Bevor die Tiere verenden, verkauft sie C, ohne vorher den A zu fragen, zum Schlachten.

Oder: Der Bankier C wird von B über die Kursaussichten bestimmter Wertpapiere arglistig getäuscht. Infolgedessen verkauft er schnellstens die Wertpapiere des A, ohne von ihm beauftragt zu sein.

In diesen Fällen kommt § 255 nicht zur Anwendung; denn der Schaden des A besteht hier nur in dem Wert der verlorenen Sache minus des dem A gegen C verbliebenen Anspruchs. Bisher hatte A gegen C einen Anspruch auf Herausgabe der Sache; jetzt tritt ein Anspruch auf Herausgabe des von C durch die Gestion Erlangten an dessen Stelle. Das schuldhafte Handeln des B hat keinen vollen Verlust der Sache zur Folge gehabt, und nur soweit wirklich ein Verlust vorliegt, ist B zum Schadensersatz verpflichtet.

Die Gründe, die bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag eine volle Ersatzpflicht des B angemessen erscheinen ließen, auch wenn dem A noch ein Anspruch aus § 687, Abs. 2, BGB. gegen C zustand, treffen hier nicht zu.

Man nehme folgenden Fall: Rechtsanwalt B spiegelt dem A arglistig Tatsachen vor, um ihn zum Verkauf seiner Wertpapiere an C zu bewegen. A verkauft sie auch an C, ohne daß dieser etwas von dem Vorgehen des A weiß. Hier ist ganz klar, daß der entstandene Schaden nur Wert der Papiere minus der dem A gegen C zustehenden Forderung ist; nur diesen Schaden muß B ersetzen. Ebenso ist es in den oben angeführten Fällen der echten Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der Grund der verschiedenen Behandlung von echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag liegt darin, daß § 687 Abs. 2 einen besonders gearteten Bereicherungsanspruch, nämlich einen solchen auf deliktischer Grundlage darstellt, die Verbindung mit der echten Geschäftsführung ohne Auftrag also nur äußerlicher Natur ist [108]).

---

[108]) Von dem hier behandelten Problem ist ein anderes zu unterscheiden. Um einen gerechten Ausgleich zwischen mehreren unechten Gesamtschuldnern

Bei den vorstehend behandelten Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag ist das Verhältnis zunächst so gedacht, daß C die Sache selbst oder deren Wert besitzt. Nun kann es aber auch sehr leicht der Fall sein, daß C weniger besitzt, als die verlorene Sache wert war. Dann kann A nicht einen vollwertigen Anspruch abtreten, sondern nur den Anspruch, wie er eben besteht. Und C muß auf Grund des abgetretenen Anspruchs herausgeben, was er von der verlorenen Sache noch besitzt, — dies alles, mehr aber nicht. Ein Anspruch auf Schadensersatz ist ja nicht nach § 255 abzutreten.

Im Falle der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag und je nach Auslegung, möglicherweise auch im Falle des § 816 BGB.[109]), könnte C Werte herausgeben müssen, die A niemals erlangt hätte. Hier besteht jedoch kein Grund, dem A seine Bereicherungs- und Gestionsansprüche in höherem Maße zu nehmen, als er von B entschädigt worden ist. Das Interesse des B ist damit ja auch befriedigt[110]).

---

zu schaffen, wird vielfach ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag des zahlenden Gesamtschuldners gegen die übrigen konstruiert. Vgl.: RGE. 33, S. 350; 53, S. 312; 84, S. 390; aber 82, S. 214; RG. Jur. Wochenschrift 1909, S. 137, Nr. 15; 1910, S. 389, Nr. 6; 1910, S. 811, Nr. 2; Oertmann: Kommentar § 426 Anm. 2 c; Crome: Jherings Jahrbücher, Bd. 35, S. 124 ff; Klingmüller a. a. O., S. 101 ff. Kommentar der Reichsgerichsräte § 843, Anm. 8; Markuse: Jur. Wochenschrift 1915, S. 264; Josef: Rhein. Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, Bd. 9, S. 388; Josef: Archiv civil. Praxis, Bd. 118, S. 382. Dagegen Rabel: Rhein. Zeitschrift für Civil- und Prozeßrecht 1919, S. 93 ff. Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 70—73.

Während in den oben im Text genannten Fällen schon vor der Ersatzleistung des B ein Gestionsanspruch A gegen C besteht, und auch nach der Ersatzleistung zwischen denselben Personen bestehen bleibt, würde hier der Gestionsanspruch B gegen C erst mit der Ersatzleistung des B entstehen, ginge also nur das interne Verhältnis B gegen C an und müßte darauf gegründet werden, daß der zahlende Gesamtschuldner die Geschäfte der übrigen geführt hat. Diese beiden Fälle unterscheiden sich daher erheblich und sind ganz getrennt zu behandeln.

Die Unmöglichkeit dieser Konstruktion ist von Schmidt, S. 72 ff dargetan. Man gibt hier dem B nach Billigkeitserwägungen — und diese sind insbesondere durch das Verhältnis des beiderseitigen Verschuldens bestimmt — einen Regreßanspruch, um ihn dann mit der Rubrik „Geschäftsführung ohne Auftrag" zu versehen. Was man erreichen will, setzt man schon voraus; dies bedeutet eine Verschleierung der wirklichen Rechtslage.

[109]) Bei § 816 dann, wenn mit der herrschenden Meinung der Verfügende alles, was er durch die Verfügung erlangt hat, herauszugeben hat, nicht nur die ungerechtfertigte Bereicherung, also etwa nicht das, was er durch besondere Geschäftsgewandtheit mehr erlöst hat, als die Sache wert war.

[110]) Ebenso Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 27 und 28.

4. § 14. Fallen unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 auch Vertragsansprüche?

I. Auf der einen Seite steht hier die durchaus herrschende Meinung, die es rundweg verneint[111]). Ihre Vertreter sind sogar sehr erfreut, feststellen zu können, daß Ansprüche aus Vertrag, nicht Ansprüche auf Grund des Eigentums seien. Denn nur dadurch ist es möglich, Schadensersatzansprüche hierher zu nehmen und trotzdem in vielen Fällen zu einigermaßen brauchbaren Resultaten zu gelangen; nämlich dann, wenn sich Vertrags- und Deliktsschuldner gegenüberstehen und beim letzteren das größere Verschulden vorliegt, so daß er im Innenverhältnis allein verpflichtet ist. So in dem typischen Fall: Infolge Fahrlässigkeit des Verwahrers wird die verwahrte Sache gestohlen. Hier kann der Verwahrer vom Dieb mit Hilfe des § 255 Schadensersatz verlangen, nicht aber der Dieb vom Verwahrer, weil die Schadensersatzansprüche des Eigentümers gegen den Verwahrer auf Vertrag beruhen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht wurde schon dargetan.

Auf der andern Seite steht Siber[112]). Nach ihm fallen die Ansprüche auf Herausgabe auch dann unter § 255, wenn sie nicht auf Eigentum, sondern auf besonderem Verpflichtungsgrunde, wie z. B. Miete usw., beruhen. Als Grund führt Siber an, daß eine gegenteilige Auffassung zu einem zweckwidrigen Ergebnis führen würde; denn nehme man mit der herrschenden Meinung[113]) eine Konkurrenz zwischen Eigentums- und Vertragsanspruch an, so könne der Zedent mit dem zurückbehaltenen Vertragsanspruch den abgetretenen Vindikationsanspruch durchkreuzen. Nähme man mit Siber (a. a. O.) an, daß in diesem Fall nur ein Vertragsanspruch bestehe, so wäre ein Anspruch überhaupt nicht abzutreten.

II. Die herrschende Meinung stützt sich vor allem auf den Wortlaut; Vertragsansprüche seien keine Ansprüche auf Grund des Eigentums. Zugegeben sei, daß der Wortlaut ein starkes Argument dagegen enthält; unbedingt zwingend ist er nicht. Würde sehr vieles dafür sprechen, so könnte man auch annehmen, daß Ansprüche aus Verträgen, die der Eigentümer abschließt, ihm auf Grund seines Eigentums im Sinne des § 255 zustehen. Aus den ganzen bisherigen Ausführungen folgt, daß der Wortlaut des § 255 nicht zu pressen ist.

---

[111]) Vgl. für Alle Oertmann: Vorteilsausgleichung, S. 292; Kommentar § 255, Anm. 5, dort auch weitere Literatur. Vgl. auch Donnevert a. a. O., S. 42 f.

[112]) Siber § 255, Anm. 2 b u. c. Bei Schmidt ist eine bestimmte Stellungnahme nicht zu finden. Wie Siber auch Windscheid-Kipp a. a. O., S. 71.

[113]) Vgl. Wolff: Sachenrecht § 84 I.; Siber Vorbemerkungen I 2 b, S. 6—8. Richtiger dürfte sein mit der herrschenden Meinung die Konkurrenz von vertraglichen und dinglichen Ansprüchen zuzulassen.

Die Fälle, in denen ein Bedürfnis nach Abtretung der Vertragsansprüche gemäß § 255 besteht, sind sehr selten. Man muß unterscheiden:

a) Die Sache ist untergegangen, also aus der Welt der Güter verschwunden. In diesem Fall kommt eine Abtretung der Vertragsansprüche weder nach der herrschenden Meinung in Betracht, noch nach Siber. Nach der herrschenden Meinung nicht, weil es Vertragsansprüche sind, nach Siber nicht, weil die Vertragsansprüche nach Untergang der Sache nur noch auf Schadensersatz gehen können und diese nach § 255 nicht abzutreten sind. Jedenfalls wird hier eine Abtretung der Vertragsansprüche von keiner Seite verlangt.

b) Nur der Besitz der Sache ist verloren. Bei § 255 ist erforderlich, daß eine Person auf Schadensersatz, eine andere auf Herausgabe der Sache oder des Wertes verpflichtet ist. In den weitaus meisten Fällen ist entweder der Vertragsverpflichtete Besitzer der Sache, und ist daher zur Herausgabe imstande, dann aber ist die Sache für gewöhnlich nicht verloren, weil der Berechtigte Eigentümer und mittelbarer Besitzer geblieben ist. Oder der Vertragsverpflichtete hat die Sache nicht mehr, kann sie also auch nicht herausgeben. Aus dem Vertrag haftet er dann entweder auf Schadensersatz oder gar nicht. Hat er noch einen Teil der Sache oder an ihrer Stelle einen Ersatz (§ 281), so gilt das eben Ausgeführte ganz entsprechend.

Nun sind jedoch im ersteren Fall, nämlich dann, wenn der Vertragsverpflichtete Besitzer der Sache ist, Fälle denkbar, in denen trotzdem die Geltendmachung dieses Vertragsanspruchs dem Ersatzberechtigten nicht zugemutet werden kann, die Sache daher für ihn als verloren zu behandeln ist. In Betracht kommen Fälle, in denen der Vertragsanspruch strittig ist, oder die Klage gegen den nach Empfang der Sache verschwundenen Vertragsschuldner schwierig ist. Zum Beispiel:

B hat die geschuldete Sache statt an den Vermieter an den Mieter abgeliefert, der sich zur Ablieferung verpflichtet hat, aber verzogen ist.

Oder: Der nach der Vertrauenswürdigkeit von C befragte B gibt schuldhaft unrichtig gute Auskunft. Alsbald verleiht A einen ihm nicht gehörenden Schmuck an C, der unbekannt wohin verreist ist.

Auch in solchen Fällen ist der Anspruch auf Schadensersatz ebenso nötig, und doch nur gegen Abtretung des Vertragsanspruchs zu gewähren. Hier ist also der Vertragsanspruch unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen, allerdings wird dies nur in ganz seltenen Fällen praktisch werden.

III. War die Sache wirklich verloren, und hat B sie nach Abtretung des Vindikationsanspruchs an C wiedererlangt, so ist damit der entstandene Schaden wieder behoben, und das Problem ist genau dasselbe, wie wenn der Ersatzberechtigte nach der Ersatzleistung die Sache wieder zurückerlangt. Hier ist dem Ersatzberechtigten ein Wahlrecht einzuräumen, ob er den Ersatz zurückgeben und die Sache behalten will, oder sich durch Übereignung der Sache befreien will.

5. § 15. Einheitlicher Gesichtspunkt für die unter § 255 fallenden Ansprüche.

Die abzutretenden Ansprüche gehen auf dasjenige, was von der verlorenen Sache im Vermögen des C noch vorhanden ist. Es kann das die Sache selbst sein, oder was C durch Verfügung über die Sache erlangt hat. Dies ist nach § 255 abzutreten, aber auch nur dies.

Nur so gelangt man zu befriedigenden Ergebnissen. Die Abtretung dieser Ansprüche kann dann jeder Schadensersatzleistende verlangen, auch der Dieb; auch er muß aus seinem Vermögen vollen Schadensersatz für den Verlust der Sache leisten, und ihm gebührt, was von ihr noch vorhanden ist, und ihm noch verschafft werden kann. Damit sind wir auch all der gekünstelten Konstruktionen enthoben, die die herrschende Meinung anwenden muß, wenn sie Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 bezieht, damit in manchen Fällen nicht Ergebnisse herauskommen, die der Gerechtigkeit geradezu ins Gesicht schlagen.

§ 255 will dem, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes vollen Schadensersatz zu leisten hat, obgleich im Vermögen eines herausgabepflichtigen Dritten von der verlorenen Sache oder von dem verlorenen Recht noch etwas vorhanden ist, dies bei dem Dritten noch Vorhandene verschaffen und so verhindern, daß der Ersatzpflichtige mehr ersetzen muß, als den von ihm wirklich verursachten Schaden. Der Schadensersatzpflichtige leistet aus seinem Vermögen vollen Ersatz; ihm gebührt, was von der verlorenen Sache im Vermögen der Beteiligten noch vorhanden ist. Damit ist nicht gesagt, daß diese Regelung bei Wiedererlangung der Sache endgültig sein muß.

Hierdurch ist auch die in der Literatur gestellte Frage erledigt, ob § 255 eine Bereicherung des Ersatzberechtigten oder des Dritten verhindern wolle[114]). Diese Frage ließe sich in Wirklichkeit ganz einfach dahin beantworten, daß § 255 die Bereicherung dessen verhindern wolle, der die vorhandene Sache oder deren Surrogate nach

[114]) Vgl. darüber weiter noch unten § 16.

der Ersatzleistung ohne rechtlichen Grund besitzt. Dies wird meist C sein, auch A kann es sein oder ein Dritter.

Die Abtretung erfolgt ganz unabhängig vom Verschulden, einzig darnach bestimmt, ob der abzutretende Anspruch auf Herausgabe der verlorenen Sache oder eines dafür erlangten Surrogats gerichtet ist.

6. § 16. Wird § 255 durch das Bestehen direkter Ansprüche ausgeschlossen.

I. Schmidt[115]) beschäftigt sich ausführlich mit dieser Frage, und zwar deshalb, weil nach ihm § 255 nur den Zweck verfolge, dem A seine Sache wieder zu verschaffen und die Abtretung nur erfolge, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des C zu verhindern. Bestehen gleichwertige direkte Ansprüche des B gegen C, so wäre nach Schmidt eine Abtretung gar nicht erforderlich; denn wenn A seinen Anspruch gegen C selbst geltend mache, so erlange er die verlorene Sache selbst wieder und dies solle ja auch durch § 255 erreicht werden.

Für die herrschende Meinung entsteht dieses Problem nicht. Auch wenn B gleichwertige direkte Ansprüche gegen C habe, seien die Ansprüche nach § 255 abzutreten, weil diese Bestimmung eine Bereicherung des A verhindern wolle, es also nicht erwünscht sei, daß er auf Grund der zurückbehaltenen Ansprüche die verlorene Sache oder deren Wert wieder in seinen Besitz bekomme.

Schmidt a. a. O kommt dann zu dem Ergebnis, daß B in manchen Fällen eine condictio possessionis gegen C habe. Dies sei aber nicht immer der Fall (er führt die Voraussetzungen im einzelnen an), und außerdem sei es ein obligatorischer Anspruch, der den nur nach § 818 BGB. haftenden Schuldner nicht allzusehr belaste. Dieser Anspruch schließe daher das Bedürfnis nach Abtretung gemäß § 255 nicht aus. Weiter sollen in Betracht kommen Ansprüche aus § 861 und § 1007. § 861 falle allerdings nicht schwer ins Gewicht, denn seine Voraussetzungen liegen selten vor, und seine Wirkung sei sehr beschränkt. Dagegen sei mit § 1007 sehr wohl zu rechnen. Schmidt weist dann im einzelnen nach, daß B mit § 1007 dasselbe erreichen könne, wie mit dem abgetretenen Vindikationsanspruch und kommt dann zu dem Ergebnis: In den Fällen, in welchen B im Augenblick des Verlustes Besitzer einer beweglichen Sache war, sei die Abtretung nach § 255 überflüssig.

Diesen Ausführungen über die direkten Ansprüche B gegen C ist im großen und ganzen zuzustimmen. Die Frage, ob nicht auch direkte Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung B gegen C

[115]) Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 28—37.

entstehen, wurde schon oben S. 55 ff. im Zusammenhang mit den Erörterungen über die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung behandelt.

Auch ein Schadensersatzanspruch B gegen C käme noch in Betracht, sofern nämlich B Besitzer der Sache war und C diesen Besitz schuldhaft rechtswidrig verletzt hat. Dann entsteht dem B ein Anspruch aus § 823, Abs. 1 oder Abs. 2, je nachdem man den Besitz unter die sonstigen Rechte des Abs. 1 nimmt (m. E. richtig) oder nicht [116]). Naturalrestitution besteht in diesem Fall in der Herausgabe der weggenommenen Sache.

Zu beachten ist, daß es sich hier meist um das Besitzinteresse handelt. Dies gibt ebenfalls zu Schwierigkeiten Anlaß [117]).

II. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß § 255 nur den Zweck verfolge, dem A seine Sache wieder zu verschaffen und die Abtretung nur erfolge, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des C zu verhindern.

Eine unbedingte Pflicht zur Rücknahme der verlorenen und wieder aufgefundenen Sache seitens des A entspricht weder den Interessen des A, noch denen des B. Hat A einmal vollen Schadensersatz erlangt, so wird er vielfach kein Interesse mehr daran haben, die gefundene Sache wieder zurückzuerhalten gegen Rückgabe des erlangten Schadensersatzes. Und B würde vor allem dadurch ganz ungerecht beschwert, daß A auf Rückgabe des Ersatzes nur nach § 818 haften würde. Die Sache gebührt zunächst dem B, denn er hat aus seinem Vermögen vollen Schadensersatz geleistet. Will A sie wieder haben, so mag ihm die Sache gegen Rückgabe des vollen Ersatzes wieder zuerkannt werden.

Bei C handelt es sich um eine faktische Bereicherung, d. h. um eine Bereicherung, die dadurch entstehen könnte, daß bestimmte Ansprüche vom Berechtigten nicht geltend gemacht werden. Ist nun A vollkommen befriedigt, so wird er seinen Anspruch gegen C in den meisten Fällen nicht mehr geltend machen; wird dieser Anspruch nicht an B abgetreten, so könnte es oft vorkommen, daß der Anspruch überhaupt nicht geltend gemacht wird, weil ja B einen direkten Anspruch gegen C vielfach nicht hat. Ebenso könnte aber auch bei A eine derartige Bereicherung eintreten, dadurch, daß B seine condictio ob causam finitam gegen A aus irgendeinem Grunde nicht geltend macht, insbesondere wenn er gar nicht weiß, daß A die Sache zurückerlangt hat. Wenn man also schon behaupten will, der Zweck von § 255 sei, die Bereicherung bestimmter Personen zu verhindern, so sind diese Personen A und C. Ich glaube

---

[116]) Vgl. Enneccerus § 451 I, 1 c.

[117]) Vgl. Wolff: Sachenrecht, S. 62. Hellwig: Rechtskraft, S. 344, Anm. 9. Schmidt: Unechte Gesamtschuld, S. 34 f.

aber, es ist verfehlt, die Verhinderung einer derartigen Bereicherung, die in der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen bestehen würde, die doch den betreffenden Personen von der Rechtsordnung gegeben sind, als Zweck einer gesetzlichen Bestimmung zu bezeichnen. Der Zweck des § 255 ist, dem B, der aus seinem Vermögen vollen Schadensersatz geleistet hat, das zu verschaffen, was von der verlorenen Sache im Vermögen der Beteiligten noch vorhanden ist (vgl. oben S. 69). Hier ist also der Ansicht von Schmidt nicht beizutreten. Die Abtretung kann auch erwünscht sein, wenn B direkte und den abzutretenden Ansprüchen gleichwertige Ansprüche gegen C hat; denn A soll nicht durch eigenes Vorgehen die Erlangung der Sache durch B durchkreuzen können. Eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen von Schmidt im einzelnen ist daher nicht erforderlich.

V.

Der Verlust von Rechten.

§ 17.

I. § 255 bestimmt: Wer für den Verlust eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen.

1. Die herrschende Meinung nimmt an, solche Ansprüche seien alle dinglichen oder persönlichen Ansprüche, die dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehen, sei es infolge des Verlustes der Sache, an der das Recht bestand, sei es infolge Verlustes oder Entwertung des Rechts selbst [118]).

2. Oertmann[119]) sagt: Vorzugsweise sei hier an Fälle gedacht, in denen nicht sowohl das Recht selbst als vielmehr die Sache, an der das Recht bestand, verloren gegangen ist. Dies gelte direkt oder analog auch für den Besitz. Aber der Verlust eines Rechts sei auch anzunehmen, wenn das Recht selbst wirtschaftlich wertlos geworden oder gar untergegangen ist. Hier stehe jedoch nicht die Ab-

---

[118]) Fischer, S. 259; Plank § 255, Anm. 5; Cesack, S. 402; Enneccerus § 237, II. 2; Dernburg II, S. 87 II. Kommentar der Reichsgerichsräte § 255, Anm. 3. Staudinger § 255, Anm. 3 b; Crome, System, S. 80; Rehbein, S. 66. Lips, S. 42—43. Taucher § 4. Horn § 10.

Schollmeyer § 255, Anm. 2 b will den § 255 nur auf dingliche Ansprüche beziehen. Doch hat er darin keine Nachfolger gefunden, und das sicher mit Recht. Zu einer derartigen Beschränkung besteht nicht der geringste Anlaß.

[119]) Oertmann: Vorteilsausgleichung § 44.

tretung eines dem Ersatzberechtigten auf Grund des verlorenen Rechtes zustehenden Anspruchs gegen einen Dritten in Frage, als vielmehr die Abtretung des verlorenen — besser entwerteten — Rechts selber. Es könne sich hier daher nur um eine analoge Anwendung des § 255 handeln.

3. Nach Siber[120]) kann von Verlust eines Rechtes nur gesprochen werden, wenn das Recht erlösche, oder ohne den Willen des Berechtigten auf einen andern übergehe. Wie wohl nicht bestritten, denke aber § 255 mindestens in erster Linie an Fälle, wo dem Berechtigten der Besitz der Sache, an der er ein Recht habe, verloren gehe. Auf alle Fälle, bei denen das Recht untergehe, oder auf einen gutgläubigen Dritten übergehe, dürfe § 255 nicht bezogen werden; sondern nur auf Fälle, bei denen das verlorene Recht dem Berechtigten verblieben, aber durch Verlust des Besitzes an der ihm unterworfenen Sache oder in anderer Weise entwertet worden sei. Dies sei bei dinglichen und persönlichen Rechten möglich.

Abzutreten seien nur die Herausgabeansprüche gegen Dritte, nicht die Ansprüche auf Schadensersatz. Ferner sei auch hier der Ersatzberechtigte nicht gezwungen, schon bei Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs das Recht selbst, bzw. seine Ausübung, abzutreten; vielmehr sei ihm, bis er selbst oder der Ersatzpflichtige die Sache zurückerlangt habe, die Wahl zu lassen, ob er die Entschädigung behalten und das Recht bzw. dessen Ausübung abtreten, oder ob er das Recht bzw. dessen Ausübung behalten und die Entschädigung verhältnismäßig zurückgeben wolle. Bestehe dagegen der Rechtsverlust in der Entwertung eines Forderungsrechtes, so könne von dem Berechtigten vielfach sofortige und endgültige Abtretung verlangt werden, da bei Geldforderungen ein vernünftiges Interesse, die entwertete Forderung zu behalten, nicht erfindlich sei. Wolle der Berechtigte die Forderung aus Rücksicht auf den Schuldner überhaupt nicht abtreten, so habe er keinen vollen Ersatz zu beanspruchen.

II. 1. Verlust eines Rechts kann bedeuten:

a) bei dinglichen Rechten:

α) Das Recht als solches geht unter; z. B. nach § 936 BGB. infolge des Erwerbs der fraglichen Sache durch einen gutgläubigen Dritten; so, wenn die Sache des X, an der A ein Pfandrecht hat, auf Anraten des B an C verpachtet ist und von C an den gutgläubigen K veräußert wird. B handelt fahrlässig in bezug auf diesen Erfolg.

β) Die Sache, an der ein Recht besteht, wird vernichtet. Damit geht auch das Recht unter; so, wenn die Sache des X, an der A

[120]) Siber § 255, Anm. 5.

ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch hat, infolge einer Fahrlässigkeit des B von C zerstört wird.

γ) Die Sache, an der ein Recht besteht, kommt abhanden; dadurch wird das Recht entwertet; so, wenn im vorigen Fall C die Sache nicht zerstört, sondern stiehlt.

b) Bei persönlichen Ansprüchen:

α) Das Forderungsrecht als solches [121]) geht infolge einer schuldhaften Handlung eines Dritten unter; so, wenn B den debitor cessus X, der von der Abtretung der Forderung keine Kenntnis hat, veranlaßt, an den alten Gläubiger C zu bezahlen, um den neuen Gläubiger A zu schädigen. B soll nach § 823 oder § 826 dem A verantwortlich sein. Leistet er diesem Schadensersatz, so muß er von A Abtretung der diesem gegen C (alten Gläubiger) zustehenden Bereicherungsansprüche verlangen können [122]).

β) Die Sache, auf die das Forderungsrecht gerichtet ist, geht unter; damit wird auch das Recht inhaltlos; natürlich können dadurch Ansprüche auf Schadensersatz entstehen. So wenn B dem A eine Speziessache schuldet und C diese zerstört, damit sie A nicht bekomme. Voraussetzung ist allerdings, daß C dem A überhaupt schadensersatzpflichtig ist. Das hängt wiederum davon ab, ob man Forderungsrechte unter die sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 bezieht (vgl. Anm. 122).

γ) Das Forderungsrecht wird infolge schuldhafter Handlung eines Dritten entwertet; so, wenn ein Anwalt oder Vermögensverwalter mit der ihm obliegenden Geltendmachung einer Forderung so lange zögert, bis sie verjährt ist; oder wenn ein Agent seinem Auftraggeber zahlungsunfähige Kunden verschafft (ROHG. 14, Nr. 124, S. 400); oder wenn ein mit der Einziehung einer Wechselforderung Beauftragter die Wechselurkunde verliert (RG. in der Juristischen Wochenschrift 1906, S. 109 f.).

2. Wie die angeführten Beispiele zeigen, besteht in den unter 1. a) α und γ und b) α und γ angeführten Fällen ein Bedürfnis nach Anwendung des § 255, nicht nur in den Fällen a) γ und b) γ wie Siber will. Es ist daher zu behaupten: Ist für den Verlust eines Rechtes Schadensersatz zu leisten, so sind nach § 255 alle Ansprüche auf Grund des Rechtes gegen Dritte abzutreten, mag es sich um Ansprüche handeln, die unmittelbar aus dem Recht folgen,

---

[121]) Es würde zur Klarheit beitragen, wenn man sagen würde, das Eigentum an der Forderung ginge unter, wenn auch dieser Ausdruck keinen Anklang finden dürfte; vgl. Wolff: Sachenrecht § 51 VI. 1.

[122]) An der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung würde es hier fehlen; trotzdem ist der Bereicherungsanspruch anzuerkennen. Die Streitfrage, ob Forderungen unter die sonstigen Rechte des § 823, Abs. 1 fallen, ist hier nicht zu entscheiden; vgl. Enneccerus, § 451 I d.

oder um Bereicherungs-, unechte Gestionsansprüche oder Vertragsansprüche, die dem Berechtigten deshalb zustehen, weil ihm auch das Recht zustand. Immer aber handelt es sich nur um Ansprüche auf Herausgabe der Sache, an der das Recht bestand, oder des Wertes, den das verlorene Recht im Vermögen der Beteiligten zurückgelassen hat, niemals um Ansprüche auf Schadensersatz. Die Begründung ist dieselbe, wie oben bei Verlust einer Sache.

Die Ansicht von Oertmann stimmt nicht mit seinen Ausführungen über den Verlust einer Sache überein. Auch bei Verlust eines Rechtes könnte man daran denken, Ansprüche auf Schadensersatz nach § 255 abzutreten. Hat A an der Sache des X ein Pfandrecht, B diese in Verwahrung und wird sie infolge Fahrlässigkeit des B von C zerstört, so müßte doch bei Ersatzleistung des B nach Oertmann A seine gegen C gerichteten Schadensersatzansprüche nach § 255 an B abtreten. Oertmann gibt keinen Grund an, warum dies hier auf einmal nicht der Fall sein soll. Schon daraus ist ersichtlich, daß auch er nicht so ganz sicher ist, daß Schadensersatzansprüche unter die abzutretenden Ansprüche des § 255 zu beziehen sind.

Richtig ist, daß es sich bei den Fällen 1. b) γ nicht um einen unmittelbaren Anwendungsfall des § 255 handelt. Was hier abgetreten wird, ist nicht ein Anspruch, der dem Ersatzberechtigten auf Grund des verlorenen Rechtes gegen Dritte zusteht, sondern das verlorene — richtiger entwertete — Recht selbst. Dies entspricht bei Sachverlust dem Fall, daß die Sache des A von B beschädigt wurde, B dem A vollen Schadensersatz leisten muß, und A die beschädigte Sache noch im Besitz hat. Auch hier muß A gegen vollen Schadensersatz die beschädigte Sache herausgeben. Gerade so bei Entwertung eines Rechts. Man gelangt damit zu den gewöhnlichen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung. A muß das entwertete Recht gegen vollen Schadensersatz abtreten. Wie oben § 7 gezeigt, kann dies aus einer Analogie zu § 255 gefolgert werden. Die beiden Fälle zeigen dieselbe Interessenlage, so daß sich gegen eine derartige Regelung nichts einwenden läßt.